

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



A DIRECTIVA COMUNITÁRIA 2008/52/CE RELATIVA A CERTOS  
ASPECTOS DA MEDIAÇÃO EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL:

A SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO  
PORTUGUÊS E UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

ANA RAQUEL CORREIA LOPES

Coimbra

2013/2014

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A DIRECTIVA COMUNITÁRIA 2008/52/CE RELATIVA A CERTOS  
ASPECTOS DA MEDIAÇÃO EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL:

A SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO  
PORTUGUÊS E UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARAD

Ana Raquel Correia Lopes

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de  
Estudos em Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra  
Área de especialização: Ciências Jurídico-Forenses  
Orientador: Mestre Rafael Vale e Reis

Coimbra

2013/2014

#### AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a toda a minha família que com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Ao Mestre Rafael Vale e Reis, orientador deste trabalho, pela paciência, ensinamentos e permanente disponibilidade demonstrada ao longo de todo este processo.

E um agradecimento muito especial aos meus amigos e colegas pelo incentivo e apoio constantes.

Ana Raquel C. Lopes

## Índice

INTRODUÇÃO .....	6
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
CAPÍTULO I.....	8
AS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS .....	8
1.A IMPORTÂNCIA DAS DIRECTIVAS E DA SUA TRANSPOSIÇÃO .....	8
2. O INCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS. 10	
3. A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS PARA A ORDEM JURÍDICA NACIONAL- TRAÇOS GERAIS.....	11
4. A ESCOLHA DA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE MEDIAÇÃO CIVIL E COMERCIAL E A SUA TRANSPOSIÇÃO .....	11
CAPÍTULO II .....	13
A DIRECTIVA 2008/52/CE DE 21 DE MAIO DE 2008.....	13
1. OS PRECEDENTES NORMATIVOS .....	13
2. A BASE JURÍDICA DO NOVO INSTRUMENTO NORMATIVO .....	14
3. O OBEJECTIVO DA DIRECTIVA .....	16
3.1.Facilitar o acesso aos meios alternativos de resolução de conflitos como forma de melhorar o acesso à justiça.....	16
3.1.2.Promover o recurso à mediação .....	19
3.2 O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DIRECTIVA.....	20
3.3 O CONCEITO DE MEDIAÇÃO PARA A DIRECTIVA.....	26
3.4. A EXECUTORIEDADE DOS ACORDOS DE MEDIAÇÃO .....	31
3.5 A CONFIDENCIALIDADE DA MEDIAÇÃO.....	34
3.6. EFEITOS DA MEDIAÇÃO NOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E CADUCIDADE. 37	
CAPÍTULO III .....	39
A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2008/52/CE PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS- NOTAS DE DIERITO COMPARDO .....	39
1. BREVES NOTAS SOBRE A FORMA DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2008/52/CE .....	39
2.A TRANSPOSIÇÃO PORTUGUESA- ASPECTOS ESTRUTURANTES.....	41
2.1 Da Lei 29/2009 de 29 de Junho à Lei 29/ 2013 de 19 de Abril.....	41
2.2 OS ASPECTOS CHAVE DA NOSSA TRANSPOSIÇÃO .....	44
CAPÍTULO IV .....	56
PONTO DE CHEGADA: A CRÍTICA AOS ASPECTOS CHAVE DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA .....	56

CONCLUSÃO .....	60
BIBLIOGRAFIA.....	61

## **INTRODUÇÃO**

As directivas comunitárias são instrumentos jurídicos vinculantes para os Estados-Membros, que têm como objectivo precípuo a harmonização das legislações nacionais. Este objectivo consegue-se através da fixação de uma base comum às mesmas. Porém, sendo uma “norma de mínimos”, nada obsta a que os destinatários possam ir mais além. É conhecida a abrangência muito dispare de matérias a que respeitam.

Interessa-nos em particular a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação civil e comercial, pois é ela que nos lança no estudo que nos propomos desenvolver.

Os objectivos ínsitos à sua criação espelham a preocupação última da cooperação europeia no domínio da justiça, a que não escapa a criação de procedimentos extrajudiciais para solucionar conflitos.

Pelo exposto, torna-se evidente a necessidade de uma correcta transposição das directivas em geral, não sendo aquela que nos ocupa uma excepção. Também por isso se compreendem os mecanismos de controlo usados pela União Europeia no sentido de avaliar a forma como os ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados-Membros as transpuseram.

Será então uma das nossas preocupações olhar para a forma como foi transposta para o nosso ordenamento jurídico a supra citada directiva, tecendo a esse respeito as críticas que considerarmos pertinentes.

Uma análise assim pensada só ficará concluída com um olhar, ainda que geral, sobre a forma como outros ordenamentos jurídicos transpuseram a mesma directiva.

Podemos, portanto, considerar delineados os pontos-chave do nosso trabalho.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

Ac.- Acórdão

Cfr.- Conferir

Cit- Citada

COM- Comissão

CRP- Constituição da República Portuguesa

Ob.- Obra

Pág.- Página (s)

ss- seguintes

TCE- Tratado da Comunidade Europeia

TFUE- Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE- Tratado Da União- Lisboa

UE- União Europeia

## CAPÍTULO I

### AS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS

#### 1.A IMPORTÂNCIA DAS DIRECTIVAS E DA SUA TRANSPOSIÇÃO

As Directivas são instrumentos juridicamente vinculantes para os Estados-membros, das quais a Comunidade Europeia, agora União, se serve, para criar direito, diga-se que estas podem incidir sobre as mais diversas matérias. O seu processo de elaboração está, hoje, descrito no art. 289º do TFUE- processo legislativo ordinário.<sup>1</sup>

Estes particulares actos de criação de direito têm características que os distinguem dos demais actos usados com o mesmo intuito- regulamentos, decisões, ect.. Com efeito, por seu interregno, impõe-se aos Estados-membros, seus destinatários directos, a realização de certos objectivos sem, contudo, os coactar na escolha da forma e dos meios para a sua implementação<sup>2</sup>. Como nos diz Miguel Gorjão- Henriques, “*O conteúdo da directiva supõe, em princípio a possibilidade de diferenciações normativas do regime jurídico a estabelecer nacionalmente*”<sup>3</sup>. Portanto, na senda desta liberdade de conformação normativa, encontramos uma outra especificidade das directivas: estas carecem de um acto nacional capaz de as “trazer” para o direito interno onde, nessa qualidade, servirão melhor os direitos e obrigações dos cidadãos<sup>4</sup>.

Trata-se da transposição das directivas e é, pois, um passo fundamental para completar o processo de geração de direito ao nível da UE, aproximando-o, dessa maneira, dos cidadãos. A forma de incorporação das directivas na ordem jurídica

---

<sup>1</sup> No TCE esse processo era regulado pelo art. 251.º, conhecido por procedimento de co-decisão. Note-se que não há correspondência entre os dois artigos, porquanto o processo não se faz do mesmo modo.

<sup>2</sup> Art. 249.º TCE a que corresponde actualmente o art. 288.º do TFUE.

<sup>3</sup> Miguel Gorjão- Henriques, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 6º ed., Edições Almedina, SA, 2010, págs. 341 a 355.

<sup>4</sup> Não é nossa intenção fazer aqui um estudo exaustivo destas fontes de Direito Comunitário/ Da União dessa forma não consideramos as directivas delegadas ou de execução.



nacional não pode dispensar a observância de condições mínimas de publicidade, clareza e certeza em relação às situações jurídicas nelas reguladas.<sup>5</sup>

De todo o modo, não podemos desconsiderar que das Directivas resulta uma vinculação imediata para os Estados, pelo que a sua vigência interna, embora em parte condicionada, não está totalmente dependente da transposição. A vinculação imediata ocorre mediante a verificação de certos pressupostos tais como: a adopção pelo órgão competente (art.288.º TFUE, ex-art.249.º TCE mas, também art.289.º TFUE); fundamentação (art.296.º TFUE, ex-art.253.º TCE); publicação ou notificação (art.297.º TFUE, ex-art.254.º TCE) e entrada em vigor (art.297.º TFUE), e permite aos particulares invocar jurisdicionalmente direitos e valer-se de obrigações delas resultantes contra o Estado que faltar à imposição de transposição ou que não a faça nos devidos termos- é o chamado efeito directo das normas da União. Este efeito ocorre sempre que as normativas se revelarem como incondicionais e precisas, e tem apenas um sentido- particular/Estado.

Mesmo durante o tempo que medeia entre a entrada em vigor da Directiva e o fim do prazo para a sua transposição pelos Estados, é duvidoso se não haverá também uma orientação condicionante da liberdade de produção normativa destes últimos, no sentido de não poderem legislar contra os resultados determinados pela Directiva<sup>6</sup>.

Ainda que o tema possa ser agradável, não iremos tão longe nas nossas considerações sobre as Directivas. Partimos, agora, para as implicações do incumprimento ou da incorreta transposição daquelas pois, embora, como vimos, as suas consequências se encontrem de certo modo atenuadas, sempre haverá que velar-se pela sua correcta transposição ou haveria o risco de desarmonização legislativa no quadro da União.

---

<sup>5</sup> Vide Miguel Gorjão- Henriques *ob. cit* pág. 348, ponto 622, o ilustre professor aponta como referência para a identificação dessas condições mínimas o Ac. *Comissão c. Alemanha*, de 20.3.1997, proc. C-96/95.

<sup>6</sup> Sobre o tema pode ver-se Miguel Gorjão- Henriques *ob. cit*, pág. 349e ss e também, J.L. Cruz Vilaça, “A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 30, 2001, págs. 3 a19.

## 2. O INCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS

O incumprimento da obrigação de transposição pode ocorrer pela falta de transposição da Directiva, pela sua transposição em condições duvidosas, isto é, de forma obscura ou selectiva, de maneira total ou parcial/ deficiente, ou ainda perante uma transposição dentro do prazo- sendo o conteúdo do diploma normativo de transposição conforme com o que foi fixado pela Directiva- mas, perante a ausência dos necessários instrumentos jurídicos para a sua execução, não pode considerar-se que ela se fez efectivamente<sup>7</sup>.

Cabe à Comissão, dentro das suas competências de controlo reconhecidas pelos arts. 17.º do TUE e art.258.º TFUE<sup>8</sup>, zelar pelo cumprimento das obrigações a que os Estados-membros se encontram adstritos. Sempre que esta instituição entender que há inadimplemento, deve formular, após consulta do infractor, um parecer fundamentado sobre esse assunto. Se, após o termo do prazo fixado pela Comissão para corrigir a falta, esta se mantiver nos precisos termos em que foi criticada, nesse caso, a instituição recorre ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Sempre que um Estado está obrigado a transpor a Directiva e não o faz dentro do prazo fixado, coloca-se numa situação de incumprimento, passível de ser sancionado contenciosamente- art.258.º TFUE. Mesmo antes disso, pode haver uma condenação do Estado-membro ao pagamento de uma certa quantia monetária fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, se este não comunicar à Comissão as medidas de transposição de uma directiva- art.260.º, n.º 3 TFUE<sup>9</sup>.

Muitas vezes em luta contra o tempo, os Estados-membros acabam por adoptar as normativas da União de uma forma pouco coerente e, também nesse caso, há incumprimento mas, o seu controlo não corre exactamente nos termos atrás descritos pois, pode ser suficiente, como mecanismo sancionatório, o reconhecimento do efeito directo das Directivas; tudo dependerá da concreta situação que se apresenta.

---

<sup>7</sup> Paula Quintas, *Da Problemática do Efeito Directo nas Directivas Comunitárias*, Dixit, 2000.

<sup>8</sup> Anterior art. 226.º TCE.

<sup>9</sup> Anterior art.258.º TCE

### 3. A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRECTIVAS PARA A ORDEM JURÍDICA NACIONAL- TRAÇOS GERAIS

Não é nossa pretensão fazer aqui um estudo pormenorizado sobre a incorporação das Directivas na ordem jurídica- constitucional portuguesa, procuramos, antes, desenhar em traços gerais as linhas pelas quais esta se rege. Destarte, somos de imediato conduzidos para o art. 8.º n.º3 e n.º4 da CRP, onde se fixam os fundamentos constitucionais para a integração dos instrumentos normativos a que damos enfoque.

A par dos seus fundamentos constitucionais de integração, convém salientar que a forma pela qual se há-de realizar a dita transposição está estabelecida no art. 112.º, n.º8 da CRP- “ *A transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º4, decreto legislativo regional*”. Logo, podemos infirmar que o processo em questão se faz de forma pré-determinada<sup>10</sup>, sem referência ao objecto sobre o qual incide a Directiva, e no quadro da reserva de lei.

### 4. A ESCOLHA DA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE MEDIAÇÃO CIVIL E COMERCIAL E A SUA TRANSPOSIÇÃO

Até aqui temos vindo a conceber as bases mínimas para um correcto entendimento do que são as directivas e da sua transposição. Entendemos ser este um capítulo que não podíamos dispensar para partimos no encalço das concretas questões que nos cativaram e nos empurraram para a sua crítica.

As directivas sempre nos suscitaram uma franca curiosidade, talvez porque, em comparação com os restantes actos jurídicos da União, preceituam uma maior reflexão sobre a sua articulação com o direito nacional.

Aproveitando os conhecimentos que nos foram sendo transmitidos ao longo dos anos de vida académica foi crescendo em nós uma vontade de as compreender melhor que não se ficou apenas pela sua análise teórica. Era-nos necessário pegar numa

---

<sup>10</sup> Miguel Gorjão- Henriques, *ob. cit* pág. 353, ponto 630.

concreta directiva, conhecer o seu procedimento de elaboração, analisar os seus termos e chegar até ao momento de transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais.

A esta vontade veio juntar-se uma outra de conhecimento dos meios extrajudiciais de solução litígios, meios que configuram uma nova perspectiva de posicionamento das partes na resolução das contendas e que pelas suas vantagens conquistaram um espaço, em constante crescimento, no acesso à justiça.

Pode falar-se, dentro deles, de meios heterocompositivos, como a arbitragem e meios autocompositivos, como a mediação, designações que atendem, justamente, ao domínio da solução do conflito que cada um dá às partes. No primeiro caso, será um terceiro-árbitro- a ditar a solução, no segundo caso, são as próprias partes que auxiliadas por um terceiro- mediador- a constroem e é justamente, esta envolvência das partes na solução do conflito que elas próprias criaram que nos cativa.

O espírito em que a mediação anda imbuída facilita uma consciencialização geral da sociedade relativamente à responsabilidade que cada pessoa tem no equilíbrio de interesses que a vida em comunidade impõe. Num jogo de cedências de iniciativa das próprias partes consegue-se uma pacificação social mais genuína do que por outras vias.

É aqui que nasce o nosso interesse pelos meios extrajudiciais de resolução de litígios e em particular pela mediação.

Ora, juntar o útil ao agradável é, por certo, um gozo que não nos poderia deixar indiferentes. É neste sentido que nos interessou a Directiva 2008/52/CE relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição.

## CAPÍTULO II

### A DIRECTIVA 2008/52/CE DE 21 DE MAIO DE 2008

#### 1. OS PRECEDENTES NORMATIVOS

A sociedade está em constante mutação. Os avanços científicos e tecnológicos permitem-nos alcançar realidades que há 50 anos eram pura utopia.

Na internet, estamos à distância de um click do mundo que nos rodeia. A informação é quase instantânea e, fora do mundo virtual, as pessoas e os bens circulam livremente.

A Europa passou a ser a nossa aldeia, onde tudo parece comum, onde há cooperação, entajuda, uma mão estendida na adversidade, uma palavra de apoio, estratégias, diálogo, harmonia e sincronização.

As relações económicas, sociais, políticas e culturais tendem a estreitar-se no espaço e no tempo, e o quadro das diferenças esbate-se.

Não estamos sós, não estamos fechados sobre nós mesmos... Abrimo-nos e sentimos que, para além de pertencermos a um Estado, estamos no centro da globalização.

Ora, a Directiva que nos propomos analisar é fruto de um complexo caminho que os Estados Membros foram percorrendo ao longo dos anos, com o intuito de harmonizarem os ordenamentos jurídicos – solução imprescindível na “Aldeia Global”.

O início desta caminhada de cooperação e harmonização é marcado pelo Tratado de Maastricht, “que vem apelar à criação de um espaço jurídico comum” – (cfr. *Revista da Ordem dos Advogados*). A ideologia Europeia manteve-se e reforçou-se com o Tratado de Amesterdão.

Tampere foi o berço da presente Directiva. Na verdade, no Conselho Europeu em 1999, desenhou-se um quadro de procedimentos extra-judiciais para solucionar conflitos jurídicos. “*Em Maio de 2000, o Conselho aprovou conclusões sobre modos alternativos de resolução de litígios, declarando que o estabelecimento de princípios*

*fundamentais neste domínio constitui uma etapa essencial para o desenvolvimento e funcionamento adequado dos procedimentos extrajudiciais para a resolução dos litígios em matéria civil e comercial de forma a simplificar e a melhorar o acesso à justiça*<sup>11</sup> – Considerando 3 da Directiva.

Em 2002, a Comissão chegou à conclusão – no Livro Verde - que faltava legislação quadro relativa à mediação (cfr. Considerando 4 da Directiva) “*a comissão apresentou um Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial na União Europeia no qual fez o ponto da situação desse domínio e através do qual lançou consultas alargadas com os Estados Membros e os interessados sobre medidas possíveis para promover o recurso à mediação.*”

Deste modo, e dois anos após esta conclusão, foi publicada a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspectos da mediação civil e comercial, que viria a dar “voz” à Directiva 2008/52/CE, em 2008.

## 2. A BASE JURÍDICA DO NOVO INSTRUMENTO NORMATIVO

A questão da base jurídica do novo instrumento normativo colocou-se aquando da apresentação da Proposta da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que ocorreu, como atrás se disse, em 2004<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cátia Marques Cebola, “A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, nº1 a 4º, 2010, págs.441-459.

<sup>12</sup> O tema em análise e as posições que em torno dele se afirmaram eram bem expressivos do “flagelo” que sempre atravessou os sucessivos Tratados Comunitários- o problema da repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros. Problema, esse que, em última análise, está imbuído da discussão em torno das duas concepções - Modelo supranacional vs. Modelo intergovernamental- possíveis na definição de uma estrutura de relacionamento entre todos os Estados-Membros da UE. Sobre a problemática do modelo supranacional vs. modelo intergovernamental pode ver-se- Isabel Castro Leite “*Construção europeia: um processo supranacional ou intergovernamental?*”, Comunicação apresentada no IV Congresso da Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa, 7 de Março de 2008, disponível em <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/1337/1/Constru%C3%A7ao%20europeia-um%20processo%20supranacional%20ou%20intergovernamental.pdf>, acedido pela última vez em 4 de Janeiro de 2014.

Nessa altura, afirmaram-se duas posições fracturantes.

Por um lado, tomando como referência o artigo 65º do Tratado Constitutivo da UE<sup>13</sup>, entendia-se que a Directiva se devia aplicar à mediação, independentemente da existência ou não de elementos transfronteiriços num litígio que lhe fosse submetido. Foi essa a posição da Comissão<sup>14</sup>, a qual se sustentou, essencialmente, nos inconvenientes que uma limitação do objecto da Directiva, feita nesses termos, potenciava<sup>15</sup>. Entre eles, apontavam-se a introdução de factores de discriminação, porquanto os órgãos jurisdicionais de cada Estado-Membro podiam ser levados a propor a mediação a certas partes e não a todas, em função do respectivo domicílio<sup>16</sup>, o que, manifestamente, traria implicações negativas para os resultados práticos da Directiva; a criação de um ambiente de incerteza contrário à pretensão do novo instrumento jurídico; e também, a circunstância de, perante isso, a aplicabilidade do instrumento jurídico que se propunha, ficar de certo modo, entregue às partes, pois estas, almejando os benefícios das normas estabelecidas pela Directiva, poderiam introduzir elementos transfronteiriços, como, por exemplo, a escolha do mediador.

Por outro lado, contra aquela posição, insurgiram-se alguns Estados-Membros, em particular a Alemanha e o Reino Unido, que, procurando salvaguardar os seus sistemas jurídicos internos, optaram por seguir uma interpretação literal do *supra* citado artigo, segunda a qual a competência da UE deveria cingir-se à adopção de medidas no

---

Não é aqui o lugar oportuno para tecer mais considerações a este respeito mas, diga-se ainda, a título de curiosidade, que o Tratado de Lisboa trouxe consigo uma nova tentativa de clarificação da repartição das competências na UE. Ver a este respeito o artigo 3º, 4º e 6º TFUE.

<sup>13</sup> Recorde-se que a adopção da Directiva sob análise fez-se dentro do espírito de cooperação judiciária em matéria civil com incidência transfronteiriça, daí a referência a este artigo como determinante para a legitimação da actuação do legislador europeu.

Ao tempo da apresentação da proposta da Directiva, estava em vigor o TCE, hoje, fruto das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa este artigo passou a ter correspondência no artigo 81º do novo Tratado.

<sup>14</sup> In Proposta da Directiva, COM (2004) Ponto 1.2. parágrafo 7, p.6.

<sup>15</sup> In Proposta da Directiva, COM (2004) Ponto 1.2. parágrafo 5, p.5.

<sup>16</sup> Esse seria um dos possíveis elementos transfronteiriços. Não obstante, sempre se poderiam usar como critério outros elementos, isolados ou conjugados, como o lugar da actividade empresarial, o lugar onde se realiza a mediação e/ou a localização do tribunal competente, etc.

campo da cooperação judicial civil se, em causa, estivessem questões com alcance transfronteiriço<sup>17</sup>.

De acordo com este ponto de vista, a mediação puramente interna deveria permanecer na competência exclusiva dos Estados-Membros, condicionando-se, dessa maneira, o legislador europeu na fixação do objecto da Directiva aos litígios transfronteiriços.

No final, numa posição intermédia, acabou por consagrar-se a aplicação da Directiva à mediação cujo objecto são os litígios transfronteiriços<sup>18</sup>, ainda assim, deu-se total liberdade aos Estados-Membros para que, por sua iniciativa, aplicassem estas disposições aos casos de mediação interna.<sup>19</sup>

### 3. O OBEJECTIVO DA DIRECTIVA

#### 3.1. Facilitar o acesso aos meios alternativos de resolução de conflitos como forma de melhorar o acesso à justiça

A construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, trave mestra da União Europeia, passa forçosamente pela melhoria do acesso à justiça<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre este aspecto ver Alfonso Ybarra Bores, *Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español*, trabalho realizado no âmbito do Projecto de I+D “*La europeización del Derecho de familia*” (DER2008-05299/JURI), p. 7 e 8, disponível na internet via <http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/mediacion-familiar-internacional-directiva-sobre-ciertos-aspectos-mediacion-asuntos-civiles-mercantiles-su-incorporacion-al-derecho-espanol>, último acesso em 02 de Março de 2014.

<sup>18</sup> Artigo 2.º n.º1 da Directiva.

<sup>19</sup> Considerando 8 da Directiva.

<sup>20</sup> O acesso à justiça é um direito fundamental, com consagração no artigo 6º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e no artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sendo também reconhecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como um princípio geral do direito comunitário no Acórdão de 15 de Maio de 1986, Processo 222/84, Johnston, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0222:PT:PDF> consultado em 10 de Dezembro de 2013.



Ora, o acesso à justiça abrange o acesso a modos de resolução de litígios judiciais e extrajudiciais<sup>21</sup>, conclusão a que chegamos face ao crescente interesse no desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de conflitos que se fica a dever, em parte, ao facto deles se constituírem como uma resposta apelativa às dificuldades de acesso ao sistema judicial.

A tão célebre “*crise de eficácia dos sistemas jurisdicionais*” (cfr. *Livro Verde*), marcada pelo aumento do número dos litígios com que todos os dias se “entopem”<sup>22</sup> os tribunais, o arrastamento inusitado dos processos e os elevados custos que lhe estão associados, acompanhados de uma legislação que chega a ser confusa e demasiado técnica, compõem o quadro negro de grandes dificuldades no acesso à justiça, pelo que outras vias serão sempre perspectivadas com agrado.

É nesse sentido que a directiva que analisamos, fixa no seu artigo 1º nº1, e em consonância com o disposto no seu Considerando 5, o objectivo de “*facilitar o recurso à resolução alternativa de litígios*”, querendo referir-se, em particular, à mediação.

No cumprimento do predito objectivo, há a ter em conta o estabelecimento de disposições capazes de assegurar uma relação adequada entre a mediação e os processos judiciais. Essas disposições terão de ser vistas como normas comuns para a Comunidade e, nessa qualidade, darão seguimento à harmonização legislativa que se pretende e que atrás, a propósito dos precedentes da directiva, já tivemos oportunidade de evidenciar.

Importa também criar condições para que os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros promovam activamente o recurso à mediação sem, contudo, cair no extremo oposto, de tornando-a obrigatória ou sujeitando o seu não uso a sanções específicas, impedindo que os cidadãos exerçam em tribunal os seus direitos<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Considerando 5 da Directiva.

<sup>22</sup> Uma palavra tão corriqueira nos dias que correm frequentemente usada nos meios de comunicação social e em discursos políticos.

<sup>23</sup> Os meios extrajudiciais de solução de conflitos, dos quais a mediação faz parte, não podem ter a pretensão de substituir ou eliminar os métodos judiciais tradicionalmente usados para a resolução dos problemas. Por isso mesmo, é comum na doutrina criticar-se a designação de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), termo que nasceu nos EUA e que, independentemente das críticas que lhe possam ser feitas, vem servindo de mote para a sua identificação. São vários os que criticam aquela expressão e, os

Essas medidas, pela sua importância, merecem da nossa parte um tratamento individual e por isso, para efeitos de estudo, vamos considera-las, como objectivos autónomos da Directiva, sem no entanto, perder de vista, diga-se mais uma vez, a relação com o objectivo de que cuidamos.

### **3.1.1. Assegurar uma relação adequada entre a mediação e o processo civil**

Entre o processo civil e a mediação existe uma estrita relação de proximidade. Essa relação é marcada pela influência que as normas do processo civil exercem, quer no que toca ao recurso à mediação, quer na própria eficácia desta última.

A interacção destas duas vias pode dar-se em diversos momentos; desde logo, após a ocorrência do litígio, quando as partes recorrem à mediação em detrimento da acção cível que apenas encaram como uma segunda via, no caso de não ser possível, por meio daquela primeira opção, alcançar a almejada transacção. O mesmo é dizer que, neste caso, a opção pela via judicial tem lugar após uma tentativa falhada de mediação.

Pode também ocorrer num momento posterior em que, havendo transacção, uma das partes incorre no incumprimento do acordo e, em face disso, a outra parte, que se vê prejudicada, reclama o dito cumprimento por meio de uma acção cível. Note-se que aqui, sendo ainda a acção cível a segunda opção, já se lhe apela com um intuito diferente que é o de fazer valer o acordo obtido pela outra via.

Podem ainda as partes optar pela acção cível de forma imediata, logo após a ocorrência do litígio, equacionando a possibilidade de recorrer à mediação estando já em sede judicial, conduzindo isso à suspensão da instância.

Chegados a este ponto, e após termos registado os momentos em que as aludidas vias se tocam, há também que evidenciar certas dificuldades de articulação entre elas, marcadas essencialmente pela existência de lacunas nas legislações nacionais e a discrepância dessas; um problema com impacto nos litígios nacionais e nos litígios transfronteiriços. Sendo certo que, neste último caso, as dificuldades sentidas são substancialmente agravadas.

---

que não tomam partido por uma ou por outra fazem questão de aludir ao problema. A título de exemplo, podem ver-se: Cátia Marques Cebola, *ob. cit.*; Dário Moura Vicente, “A Directiva sobre Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II, 2009, edições Almedina SA., págs.124e 125 ou ainda, Dulce Lopes e Afonso Patrão, *Lei da Mediação- Comentada*, Almedina, 2014, pág. 8 e ss.

A mediação, embora possa ser mais adequada para a resolução de certos litígios, não estava, pelo menos até à presente Directiva e no contexto Comunitário, abarcada por um quadro jurídico previsível e estável, capaz de transmitir um sentimento de segurança a quem dele se socorria.

Nesta linha, dando seguimento ao objetivo de que cuidamos, era necessário prover a estrutura normativa da mediação de prazos de prescrição e caducidade, a equacionar a validade da prova e das informações recolhidas durante o processo de mediação e ainda, garantir a eficácia dos acordos obtidos no procedimento de mediação.

### **3.1.2.Promover o recurso à mediação**

No que concerne a este objectivo é útil ter presentes as vantagens associadas à mediação, entre as quais se apontam o facto de ser uma via economicamente apelativa e mais rápida, sem, no entanto, descurar o interesse das partes, conferindo-lhe, aliás, um papel activo na conformação da decisão final. Todo o processo decorre sobre a capa de uma estrita confidencialidade. Este método, a par de outros meios de resolução extra judicial, tem um grande contributo na construção da ideia de paz social, visto que os moldes em que está construído o processo evitam situações em que o ganho de uma das partes corresponda à perda da outra, antes promove-se uma solução em que ambas as partes sejam beneficiadas<sup>24</sup>.

Com efeito, a promoção da mediação passa, por um lado, pelo reconhecimento das suas virtudes, o que se consegue através da sua divulgação junto dos cidadãos e, por outro lado, através de uma conformação do respectivo quadro legal sem descurar a voluntariedade subjacente a este método. É sobretudo nesta última maneira de promoção que o legislador actua e, assim agindo, acaba por reforçar-lhe o valor.

---

<sup>24</sup> À tradicional configuração das partes como oponentes no processo judicial contrapõe-se o equilíbrio de interesses próprio da mediação. Utiliza-se muitas vezes a expressão *win/win situation* para designar esse mesmo equilíbrio. Vejam-se Rossana Martingo Cruz, “A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal”, Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº9 Julho/Dezembro 2013, publicação semestral, ISSN 1647-6336, disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/> (último acesso 02/02/2014), pág. 105 e Dário Moura Vicente, *ob. cit.* pág. 130, como exemplo de autores que usam essa expressão.

### 3.2 O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DIRECTIVA

No ponto em que estamos olhámos já para os precedentes da Directiva, a sua base jurídica e o seu objectivo. Com as considerações que vimos fazendo, temos já um entendimento mais sustentado deste instrumento normativo. É este o caminho que temos de percorrer para que, mais à frente, possamos tecer a seu respeito considerações críticas. Mas o caminho que trilhamos está apenas na linha de partida; para sustentar um ponto de vista há que estudar todos os aspectos do objecto a que aquela critica se dirige e é com essa finalidade que agora passamos a analisar o âmbito de aplicação da normativa.

Esta análise tem de fazer-se sobre uma óptica múltipla...

a. Desde logo o seu âmbito territorial que, em ordem ao art.1.º n.º3, se aduz como extensível a todos os Estados- Membros com excepção da Dinamarca- “*Nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Dinamarca não participa na aprovação da presente Directiva e não fica a ela vinculada nem sujeita à sua aplicação.*” (Considerando 30 da Directiva).

No que toca ao Reino Unido e à Irlanda, ficou assente que estes Estados-Membros gozavam de um direito de opção e, por isso, comunicariam em momento posterior, no prazo de três meses a contar desde a apresentação da proposta da Comissão, a sua decisão de participar ou não na adopção e aplicação da Directiva<sup>25</sup>. Afinal, ambos decidiram em sentido favorável.

b. Quanto ao âmbito de aplicação material da conjugação do art.1º n.º2 e Considerando 10, concluímos que abrange matérias civis e mercantis, mas não foi avançada uma definição do que essas possam ser; para o preenchimento desses conceitos, há-de considerar-se que, no quadro comunitário, certas noções não podem ser

---

<sup>25</sup> Considerando 29.

olhadas pela perspectiva particular dos sistemas nacionais. Ao agir em sentido contrário, há o risco de se comprometer a efectividade deste direito<sup>26</sup>.

Nesse sentido aponta a já longa jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, por referência à anterior Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 e do seu seguidor ao Regulamento 44/2001 de 22 Dezembro 2001<sup>27</sup>, segundo a qual “*Para interpretar a noção “matéria civil e comercial” ... deve fazer-se referência não ao direito de qualquer dos Estados-Membros em causa, mas, por um lado, aos objectivos e ao sistema da convenção e, por outro, aos princípios gerais que resultam do conjunto dos ordenamentos jurídicos nacionais.*”<sup>28</sup>. O mesmo espírito deve aplicar-se para a Directiva sobre mediação que, assim, terá um conceito de matérias civis e mercantis distinto daquele que vale para cada Estado- Membro<sup>29</sup>.

Adiante-se, contudo, que a Directiva não nos deixou totalmente desamparadas na delimitação do que possa ser considerado incluso ou não nas aludidas matérias. Diz-nos então, ainda no Considerando 10, que “*não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só*” e acrescenta, “*esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho*”. Significa isto, em sentido positivo, que apenas caem no seu núcleo os direitos disponíveis.

---

<sup>26</sup> Assim acontece, por exemplo, com a noção de *trabalhador* e *actividade assalariada*, «os termos “*trabalhador*” e “*actividade assalariada*” não podem ser definidos por via do reenvio para as legislações dos Estados membros, mas têm um alcance comunitário. Senão, as regras comunitárias relativas à livre circulação de trabalhadores seriam postas em causa, pois o conteúdo desses termos poderia ser fixado e alterado unilateralmente, sem controlo das instituições da Comunidade, pelas legislações nacionais que teriam deste modo a possibilidade de afastar a seu bel-prazer certas categorias de pessoas do benefício do tratado.»- Acórdão D.M. Levin c. Secretário de Estado da Justiça, de 23/3/1982, proc. 53/81 citado por Miguel Gorjão- Henriques em *Direito Comunitário*, 4º ed., Edições Almedina, pp. 441 a 442.

<sup>27</sup> *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 12, de 16 de Janeiro de 2001

<sup>28</sup> Acórdão Eurocontrol- Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1976, proc. 29/76, que opõe a LTU *Lufttransportunternehmen GmbH e Co. Kg, Düsseldorf*. Também na mesma linha de raciocínio, embora analisando em concreto se uma certa matéria cabe ou não no “*conceito de matéria civil*”, temos o Acórdão Gemeente Steenberghe- de 14 de Novembro de 2002, proc. C-271/00.

<sup>29</sup> Acompanhamos, Alfonso Ybarra Boreas, *ob.cit.* p.3, pág.11.

Foi debatido na doutrina se, do âmbito material da Directiva, havia de excluir-se em absoluto as questões familiares ou se, pelo contrário, havia aspectos destas que, pertencendo à disponibilidade das partes, podiam ser regulados por recurso à mediação.

Entre nós, DÁRIO MOURA VICENTE<sup>30</sup> pronunciou-se em sentido favorável à possibilidade de sujeição dessas matérias à mediação, e não viu razões para que, após a transposição da Directiva, se não continuasse a admiti-la. O autor ressaltou, no entanto, a execução de acordos obtidos por esta via, nos quais as partes abdicaram, contra *legem*, dos seus direitos. Por seu turno, ROSSANA MARTINGO CRUZ entende que “*embora a Directiva 2008/52/CE não se dirija, especificamente, à mediação familiar, tem repercussões importantes nesta.*”<sup>31</sup>

Também em Espanha a questão assumiu contornos bastante expressivos. Vários autores, entre os quais JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ e CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS<sup>32</sup>, manifestaram a sua aquiescência no sentido da integração das matérias familiares no abraço protector da directiva. Numa posição mais cautelosa, EMILIANO CARRETERO MORALES diz-nos que “*parece dar a entender que las materias correspondientes al Derecho de familia han de quedar fuera de su ámbito de aplicación, al no tener muchas de ellas carácter dispositivo para las partes. Se permitirá, sin embargo, que cada Estado establezca su aplicabilidad, es decir, que la Directiva no está enfocada, en principio, a la mediación en materias que no son de libre disposición de las partes, si bien ello no impide que los Estados adopten al*

<sup>30</sup> Dário Moura Vicente *ob. cit.* págs.134 e 135.

<sup>31</sup> Rossana Martingo Cruz *ob. cit.* p.3, pág. 114.

<sup>32</sup> Ver por ambos Monzonís, Carmen Azcárraga, in “Impulso De La Mediación En Europa Y España Y Ejecución De Acuerdos De Mediación En La Unión Europea Como Documentos Públicos Con Fuerza Ejecutiva”- Artículo realizado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER2010-17126, “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia española del Siglo XXI” (Investigadora principal: Dra. Silvia Barona Vilar) y del Proyecto de investigación precompetitivo UV-INV-PRECOMP12-80580 “Los retos de la mediación en el s.XXI: una propuesta de futuro” (Investigadora principal: Dra. Raquel Guillén Catlán), p.7, pp.1 e, citação daquele outro autor em nota de rodapé nº 23, disponível em <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4370591.pdf%E2%80%8E> (último acesso 06/02/2014)

*trasponer ésta a su ordenamiento interno, a misma normativa para asuntos civiles, para temas de familia o conflictos laborales”<sup>33</sup>.*

Como se sabe, os conflitos familiares revestem-se de uma série de particularidades que sempre se hão-de ter em atenção quando nos pronunciamos a seu respeito daí, bem se compreendem, as dúvidas manifestadas pela doutrina. Não obstante, não há escrúpulos em admitir que a mediação pode, perfeitamente, dar cobro a tais especificidades; uma vez que coloca as partes no cerne da solução do conflito, são elas que, auxiliadas por um terceiro, lhe dão a sua configuração. É nisso que está o carácter autocompositivo deste meio alternativo de dirimir contendas e que em tudo respeita a particular conotação sentimental de que as contendas familiares se revestem, potenciando até a manutenção de uma convivência francamente saudável entre os seus intervenientes.

Em Portugal, um pouco à semelhança de outros Estados-Membros, a prática da mediação familiar tinha já um traçado normativo, anterior<sup>34</sup> à Directiva 2008/52/CE, pelo que a questão *supra* vertida apenas serviu para infirmar o que da Directiva se pode ou não usar em prol da beneficiação da já praticada mediação familiar. A nota mais interessante numa ponderação deste tipo é a possível aplicabilidade da mediação à resolução dos conflitos transfronteiriços de natureza familiar.

<sup>33</sup> In *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Ano 2011,nº1, página 23 e 24, p.3 (disponível em <http://riedpa.com/Default.aspx?EdicionID=22>, último acesso em 01/12/2013)

<sup>34</sup> Na evolução do quadro legal da mediação familiar em Portugal, temos de registar: o Despacho nº 12368/97 do Ministério da Justiça que criou o Gabinete de Mediação Familiar; Despacho nº 1091/2002 de 16 de Janeiro e o Despacho nº 5524/2005 de 15 de Março, ambos encetando esforços para que esta seja cada vez mais cognoscível aos cidadãos; seguiu-se o Despacho nº 18778/2007, que revogou os anteriores e alargou o âmbito territorial e material da prática mediativa familiar, ao mesmo tempo que consagrou os princípios sob os quais se desenrola a actividade dos sistemas de mediação familiar; há algumas referências dispersas no art. 147º D da OTM e no nº5 do art. 25º do RJAC; depois temos a Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro que veio estabelecer um dever de informação dos tribunais e conservatórias do registo civil sobre os serviços de mediação familiar- no termos do artigo 1774º do CC. Para mais esclarecimentos sobre o tema pode ver-se Rossana Martingo Cruz *ob. cit.* e Rita Lobo Xavier, *Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias/ org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, *Studia Iuridica*, 101 Ad honorem-5, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 1129.

Parece-nos, que esta matéria pode muito bem ser tida no âmbito da Directiva e ainda que, como certos autores afirmaram, não seja vista como directamente implicada nesse âmbito, não vemos razões para querer que a Directiva a menospreza ou deprecia.

De forma expressa, e sem margens para dúvidas, ficam de fora as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas e, ainda, a responsabilidade do Estado por actos e omissões no exercício da sua autoridade, pois esses são domínios que pertencem, por inteiro, aos Estados-Membros (art.1.º n.º2 *in fine*).

c. A análise do âmbito da Directiva não estaria concluída se não nos detivéssemos, ainda, no seu ângulo de incidência- os litígios transfronteiriços<sup>35</sup> que, nas palavras da Directiva, são aqueles “*em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes*” aferindo-se estes dois elementos de conexão na data em que “*a) as partes decidam por acordo, recorrer à mediação após a ocorrência de um litígio; b) a mediação seja ordenada pelo tribunal; c) a obrigação de recorrer à mediação se constitua ao abrigo do direito interno*”, ou ainda quando o tribunal dirija às partes um convite para o efeito<sup>36</sup>.

De acordo com o art.2.º n.º2 da Directiva, o conceito de litígios transfronteiriços suporta, também, aquelas situações em que se iniciou um processo judicial ou procedimento de arbitragem no seguimento de uma mediação entre as partes, tendo esses lugar, num Estado-Membro diferente daquele onde as partes tenham o seu domicílio ou a sua residência habitual, numa altura em que em se verifica um dos três pressupostos acima indicados.

Como se vê, são dois os elementos de conexão que a Directiva usa para determinar se uma contenda é ou não um litígio transfronteiriço- o domicílio ou a residência habitual. Trata-se de duas conexões de natureza distinta e alternativa.

---

<sup>35</sup> Cabe-nos aqui apenas compreender a sua definição pois, a propósito da base jurídica da Directiva, já nos reportamos à difícil determinação do seu objecto. Ver ponto 2.

<sup>36</sup> Ao abrigo da alínea c) n.º1 do art. 2.º que nos remete para o art.5.º.



Relativamente ao domicílio, o n.º3 do art.2.º da Directiva manda que a sua determinação se faça nos termos dos artigos 59.º e 60.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001.

Este critério não é visto com bons olhos por uma certa doutrina espanhola. Dando vós a essas críticas, YBARRA BORES, CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZALEZ<sup>37</sup> entendem que outros critérios, como a nacionalidade, poderiam ter sido considerados na caracterização dos litígios como transfronteiriços.

Vão, até, mais além nas suas observações e evidenciam que no caso de as duas partes de um conflito terem domicílio no mesmo Estado-Membro, mesmo que uma delas tivesse uma nacionalidade distinta, não seriam abarcadas pela presente Directiva.

Estamos em crer que estes têm inteira razão nas críticas que apontam; aliás, a própria Comissão, no momento da apresentação da Proposta, argumentou em sentido contrário aquele que veio a consagrar!<sup>38</sup>

Atentemos em exemplos que nos permitem constatar o que pretendemos: no primeiro caso, A e B, ambos de nacionalidade francesa, têm domicílio, respectivamente, em Espanha e França; no segundo caso, temos A, B e C, sendo A italiano e B e C franceses, cujos domicílios são, respectivamente, Itália o de A, e França o de B e C. Em ambos os casos, estamos perante um litígio transfronteiriço. Num terceiro caso, A e B, ambos com domicílio em França, têm distinta nacionalidade, A português e B Belga, pelo critério usado pela directiva, aqui ainda não estamos perante um litígio transfronteiriço.

Felizmente, estas insuficiências não são tão graves ao ponto de tornarem desprovido de sentido o diploma normativo. Como sabemos, a Directiva permitiu que os Estados aplicassem estas regras à mediação interna, e esse de facto foi o trajecto seguido por muitos deles. Desta forma, minimizam-se as dificuldades que a limitação aos dois elementos de conexão comporta.

---

<sup>37</sup> Por todos ver Alfonso Ybarra Bores *ob. cit.* págs. 12 e 13.

<sup>38</sup> Ver a este respeito o que deixamos escrito no ponto 2.

### 3.3 O CONCEITO DE MEDIAÇÃO PARA A DIRECTIVA

O que é a mediação?

Sabendo nós que a Directiva 2008/52/CE se destina à regulação da mediação em matérias civis e comerciais, esta pergunta poderia muito bem ter principiado o nosso trabalho, todavia, dado o seu enquadramento normativo na Directiva - alínea a) do art. 3.º, achamos por bem reservar o seu estudo para um momento mais oportuno, que enfim chegou.

O diploma que norteia o nosso exame define a mediação como “*um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este **processo** pode ser **iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.**” (negrito e sublinhado nosso).*

Sucede que tal conceito é, em nosso entender, passível de ser analisado em quatro pontos diferentes, sobre os quais nos debruçamos seguidamente.

a. O primeiro ponto de análise vai, compreensivelmente, para o alcance desta definição, no qual se considera incluso a mediação conduzida por um juiz não responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio mas excluindo as tentativas encetadas pelo tribunal, ou pelo juiz, no decurso da tramitação judicial, para pôr termo à contenda<sup>39</sup>. Igualmente se acham fora do seu sentido todos os casos enunciados no Considerando 11 da Directiva.

Como bem se vê, estes esclarecimentos adicionais não são um mero preciosismo do legislador europeu; por seu intermédio afastamos algumas ambiguidades que, a um olhar mais desatento, poderiam criar a falsa impressão de se acharem no âmago daquela noção os aludidos casos. Compreendemos que muitas dessas situações se encontrem numa posição próxima à da mediação porém, não reunindo todos os elementos que a integram, devem ser afastados.

---

<sup>39</sup> Considerando 12 da Directiva.

O *supra* referido artigo passou pelo crivo dos diferentes órgãos envolvidos no procedimento de elaboração da Directiva sem grande mácula. Assim, desde a proposta da Comissão até à aprovação final deste instrumento normativo, há apenas a registar a inserção de uma nota de maior precisão sobre a abrangência do conceito, justamente aos casos em que o juiz, não estando envolvido em nenhum processo judicial relacionado com o litígio, desempenha o papel de mediador; uma outra nota sobre o reforço do cariz estruturado com que o processo mediativo se desenvolve e, ainda, uma última nota sobre o fortalecimento da voluntariedade subjacente à mediação, aspetos que vão agora merecer a nossa atenção<sup>40</sup>.

b. O segundo ponto de análise diz respeito à estruturação que se reconhece no processo de mediação<sup>41</sup>. Pelo que se dispõe, a mediação é um processo estruturado e, nessa mediada, não comporta uma intervenção desalinhada ou accidental. Numa formulação mais desafetada do texto legal, pedindo emprestadas as palavras de MARIANA FRANÇA GOUVEIA<sup>42</sup>, dizemos que o processo em causa obedece a certas regras, pressupõe uma certa organização, e pode, porventura, implicar uma prévia preparação do mediador<sup>43</sup>; no fundo, não se trata de “*uma simples reunião das partes com um terceiro, antes um processo preparado e fundamentado*”.

---

<sup>40</sup> Seguimos de perto os diferentes diplomas associados ao procedimento de feitura da Directiva, porém, as diferenças de que falamos são visíveis, por exemplo, entre a Proposta da Directiva (COM) 2004 e a Resolução Legislativa do Parlamento Europeu, de 29 de Março de 2007 no JO C27 E/129.

<sup>41</sup> Alguma doutrina criticou, logo no momento de apresentação da proposta da Directiva, o emprego da expressão processo de mediação. Por um lado, porque tecnicamente se assume como um procedimento extrajudicial, por outro, porque é capaz de criar uma errada associação ao processo judicial. Entre os que defendem este ponto de vista temos Fernando Martín Diz e Rafael Gil Nievas, ambos referidos por Cátia Marques Cebola na *ob. cit.* e também por Alfonso Ybarra Bores, *ob. cit.* No que toca a esta questão, parece-nos correcto que, tecnicamente, se deva falar de um procedimento, porém, abstraindo-nos desse rigor, optámos por utilizar indistintamente um e outro termo. A questão não mereceu, da nossa parte, um estudo exaustivo porque trabalhamos dentro de linhas apertadas e, sendo este um tema para grandes desenvolvimentos, não é oportuno tecê-los aqui. Não obstante, aproveitamos o ensejo para esclarecer a nossa posição relativa ao tema.

<sup>42</sup> Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2º ed., Almedina, Coimbra, 2012, p.2, pág.42.

<sup>43</sup> Em função do modelo de mediação que se tenha por referência. A definição de mediação avançada pela Directiva parece integrar o modelo de mediação facilitadora proposto pela Escola de Harvard (cfr.

Ocorre que tais indicações não podem ser dissimuladas. Com as devidas cautelas, lembramos que o processo de mediação atrai, naturalmente, uma certa flexibilidade, fruto da sua estrita ligação com aquele que é o seu ponto-chave - a voluntariedade.

c. O terceiro ponto de estudo do conceito de mediação proposto pela Directiva é, então, a sua nota de voluntariedade. Esta traduz-se, essencialmente, na responsabilização das partes pelo início, decurso e termo do procedimento, e também em relação ao conteúdo do acordo.<sup>44</sup>

Como podemos ver no artigo que transcrevemos, o legislador europeu não tomou posição quanto ao modelo de integração da mediação nos sistemas de justiça<sup>45</sup>, admitindo quer o modelo de mediação facultativa, quer também a sua imposição pelo tribunal ou pela legislação nacional (art.5.º n.º1 e 2 e Considerando 14). Com efeito, impõe-se saber se estes dois últimos casos contendem com a voluntariedade da mediação.

Ora a voluntariedade, princípio básico da mediação, não é prejudicada por aquelas imposições. Quando, na Directiva, se alude à obrigatoriedade de recurso à mediação pretende-se apenas introduzir uma obrigatoriedade formal, ou seja, com ela não se

---

Alfonso Ybarra Bores que para o efeito cita Caso Senál, M. *in ob. cit. nota 41*). Em sentido semelhante, Cátia Marques Cebola, para a autora a Directiva parece “*assumir que o papel do mediador no âmbito da mediação não poderá traduzir-se na formulação de recomendações ou propostas para o problema.*” Cfr. *Ob. cit.* Nesse caso, o mediador intervém como auxiliário das partes, pelo que pode haver um certo interesse em que só conheça o processo tal como ele lhe é apresentado pelas partes. Com efeito, não devemos esquecer que cada caso se reveste de especificidades próprias.

<sup>44</sup> Pelo que se dispõe no Considerando 13 “*A mediação prevista na presente directiva deverá ser um processo voluntário, na medida em que as próprias partes são responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como quiserem e terminá-lo a qualquer momento...*”.

<sup>45</sup> Partilhamos a este respeito a posição de Mariana França Gouveia, segundo a autora a Directiva “*...não tomou posição sobre esta questão, admitindo, no seu artigo 5º, qualquer sistema.*” *in ob. cit.* p.1, pág. 52. No mesmo sentido, Dário Moura Vicente *ob. cit.*, p.135 e Rossana Martingo Cruz, para quem a Directiva não tomou posição expressa sobre a mediação obrigatória mas, ainda assim, esclarece nas suas disposições que ficam salvaguardadas as legislações nacionais que a prevejam. *in ob. cit.* p.3 da página 110. Aparentemente, para Dulce Lopes e Afonso Patrão o legislador europeu denota uma preferência pelo sistema de mediação facultativa. *In Lei da Mediação- Comentada*, Almedina, 2014, p. 1, página 26.

impõe a obtenção do acordo, antes uma simples obrigação de participação no prodecimento.<sup>46</sup> Ainda assim, a seriedade do problema impõe-nos um tratamento mais cuidado, vejamos os seus contornos.

A Directiva deixou aos Estados a capacidade de escolha entre as distintas formas de integração da mediação nos sistemas de justiça. Essa opção dependeu quer da conformidade da mediação obrigatória com o direito de acesso à justiça, quer ainda da sua eficácia, isto é, das vantagens ou dos inconvenientes que pode comporta.

À mediação obrigatória estão subjacentes algumas questões que não podemos ignorar: uma sobre a sua eficácia e outra sobre a conformidade deste modelo com o direito de acesso à justiça pela via tradicional, ou seja, aos tribunais.

No que toca à primeira questão, o que se procura é saber se a mediação praticada nesses termos pode ser vantajosa ou antes dissuasora. Do lado das vantagens é comum apontar-se a capacidade de sensibilização da comunidade para a utilização destes meios e a possibilidade de comportar uma diminuição do número de litígios a resolver em tribunal. Como partidários desta causa temos JOYCE de MATOS BARBOSA e ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU<sup>47</sup>. Entre nós, MARIANA FRANÇA GOUVEIA<sup>48</sup>, lembra que há estudos que têm em boa conta os resultados do recurso à mediação obrigatória.

Do lado dos inconvenientes, refere-se uma forte possibilidade de condicionar a motivação das partes pois, passa a ser vista como mais um degrau na escada de acesso aos tribunais. Por vezes, há quem simplesmente, procure vincar a contradição com a natureza consensual da mediação. Advogando esta posição encontramos, entre muitos outros autores, CÁTIA MARQUES CEBOLA<sup>49</sup>.

Por seu turno, na segunda questão, lembramos um ponto que tem sido constante nas nossas considerações -o direito de acesso à justiça. Consagrado no art.6.º da CEDH e

---

<sup>46</sup> Aflonso Ybarra Bores, *in ob. cit.*

<sup>47</sup> As nossas considerações partem das referências feitas a estes autores na legislação anotada por Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* págs. 26 e 27.

<sup>48</sup> Mariana França Gouveia, *ob. cit.* pág. 57

<sup>49</sup> Cfr. Cátia Marques Cebola, *ob. cit.*

nos demais textos internacionais e constitucionais, este não significa apenas acesso aos tribunais. Acrescente-se ainda que tal direito a cumprir por via judicial não terá que ser imediato pois, de acordo com o que nos diz PAULA COSTA E SILVA “ (...) *se a limitação imposta puder considerar-se justificável atendendo às finalidades que lhe presidem e não implicar uma desvantagem proporcional para as partes, estará salvaguardada a sua conformidade com aqueles textos.*”<sup>50</sup>

Com base neste entendimento, a concordância dos sistemas de mediação obrigatória com aquele direito poderá justificar-se quando for usada como uma maneira de racionalizar os recursos da justiça, ou quando estiver ao serviço de uma nova concepção do conflito e da forma de o solucionar.

Seguindo um pouco mais para diante mas, ainda em sentido favorável à mediação obrigatória, temos um argumento de ordem intencional: para MARIANA FRANÇA GOUVEIA, com a mediação obrigatória o que se pretende é dar ao cidadão mais uma possibilidade de exercer os seus direitos, e não constrangê-los<sup>51</sup>.

Note-se que estas considerações sobre a problemática são vistas desde o ordenamento jurídico português, mas permitem compreender os moldes em que os Estados-Membros fazem a sua opção por um ou outro modelo. No cômputo geral, estas questões têm de ser exploradas por cada Estado-Membro à luz do seu próprio ordenamento jurídico.

**d.** Acrescenta-se por último, que o procedimento de mediação tal como está traçado por esta definição deve ser assistido por um terceiro imparcial- o mediador.

A directiva não dedica um tratamento exaustivo ao mediador antes reserva essa matéria para os Estados-membros devendo estes ter em atenção a necessidade de reconhecimento de competências específicas para o exercício desta actividade.

---

<sup>50</sup> Paula Costa e Silva, *A Nova Face da Justiça-os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág.71.

<sup>51</sup> Cfr. Mariana França Gouveia, *ob. cit.*, pág. 56 a 57.

### 3.4. A EXECUTORIEDADE DOS ACORDOS DE MEDIAÇÃO

Quando, no seio das relações sociais que se estabelecem entre os diferentes indivíduos, emerge um conflito, deve-lhes ser dada a faculdade de, dentro dos quadrantes normativos, decidir como o pretendem solucionar. Nesse intuito, estamos, ao longo deste trabalho, a falar da mediação enquanto meio de resolução de litígios, capaz de garantir eficazmente o acesso à justiça.

Tem sido este um ponto constante na dissertação e que não poderíamos deixar de frisar, mais uma vez, quando partimos em demanda para a compreensão de outra das pretendidas formas de articulação da mediação e do processo judicial- a executoriedade dos acordos de mediação.

Vejamos que resultando o acordo da vontade das partes, haverá uma maior predisposição para o seu cumprimento, ainda assim, fruto da inconstante vontade humana, devem acautelar-se eventuais inadimplementos<sup>52</sup>.

Além disso, a garantia de executoriedade dos acordos de mediação é também importante para que estes possam circular com relativa facilidade entre os Estados-membros, o que por sua vez, é essencial ao correto funcionamento do sistema de mediação comunitário<sup>53</sup> almejado pela Directiva.

Ora, é justamente nos litígios transfronteiriços intracomunitários<sup>54</sup> que o valor daquela solução reveste especial interesse, porquanto, sendo-lhes atribuída uma força jurídica diferente não se dispensava o recurso à via judicial, levando à ineficácia da própria mediação.

Ciente deste facto, o legislador europeu não se cansou de instar os Estados-membros no sentido de encontrarem meios de garantir a eficácia extraterritorial dos acordos de mediação neles alcançados.

No artigo 6º da Directiva, estabeleceu-se que às partes, ou a uma delas com o consentimento expresso das demais, devia ser permitido requerer que fosse atribuído carácter executivo ao conteúdo do acordo escrito conseguido em mediação. O conteúdo

---

<sup>52</sup> Cátia Marques Cebola *ob. cit.*

<sup>53</sup> Alfonso Ybarra Bores, *ob.cit.*

<sup>54</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão *ob. cit.*

do acordo só não seria declarado executório se fosse contrário ao direito do Estado-membro onde foi feito o pedido ou se o direito do dito Estado não previsse a sua executoriedade<sup>55</sup>. Esta ser-lhe-ia conferida mediante sentença, decisão ou acto autêntico emanado de um órgão jurisdicional ou outra autoridade competente nos termos da legislação do Estado-membro onde o pedido fosse formulado.

Pelo exposto, facilmente se concluí que, à luz da previsão da Directiva, os acordos conseguidos não são, por si só, títulos executivos, mas nada nela impedia que assim fosse, isso mesmo dispõe o Considerando 22.<sup>56</sup>

A previsão normativa do artigo 6º conseguiu desfazer algumas dúvidas quanto a certos aspetos que na proposta inicial da Directiva não se encontravam bem definidos, porém, como nos mostra uma certa doutrina portuguesa e espanhola<sup>57</sup>, algumas questões permaneceram por esclarecer.

Assim, optou-se por retirar a expressão “conformidade do acordo”, usada de forma inapropriada para referir o acto pela qual os órgãos jurisdicionais ou as entidades públicas homologavam o acordo. De facto, as partes sempre foram as únicas que o podiam ou não confirmar, pelo que a dita correção, na versão final da Directiva, só pode ser vista com agrado. Esclareceu-se igualmente que era suficiente o pedido de uma das partes com o consentimento das outras para a homologação do acordo, algo que não estava de todo precisado na proposta inicial, onde se dava a entender que seria necessário uma petição conjunta das partes.

Todavia, outros aspetos permaneceram na indefinição. Assim, por exemplo não se consagraram normas especiais sobre o alcance extraterritorial dos acordos de mediação, que, tendo sido concluídos num Estado- onde já era permitida a sua execução, vão ser executados noutra. Portanto, impõe-se perguntar se esses acordos carecem de uma nova homologação no Estado-Membro onde se pretende a sua execução.

---

<sup>55</sup> Considerando 19 Directiva.

<sup>56</sup> Dário Moura Vicente, *ob. cit.*

<sup>57</sup> Entre nós Dário Moura Vicente, *ob. cit.*, em Espanha Alfonso Ybarra Bores, *ob. cit.*



A resposta avançada pela doutrina portuguesa na voz de DÁRIO MOURA VICENTE<sup>58</sup> indica-nos que, em face do art. 6.º n.º 4, há que aplicar as disposições comunitárias para esse efeito- Regulamento (CE) n.º 44/2001, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial; Regulamento (CE) n.º 2201/2003<sup>59</sup>, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental; e Regulamento (CE) n.º 4/2009<sup>60</sup>, relativo à determinação da lei aplicável ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.

Por esta ordem de ideias somos levados a concluir, à semelhança do entendimento daquele ilustre autor, que, apesar de um acordo de mediação ter obtido força executiva no Estado onde foi firmado, a sua execução noutro Estado-Membro signatário daqueles actos comunitários, está dependente de prévia declaração da respetiva executoriedade no ordenamento jurídico onde aquele acordo vai ser executado. Para esse efeito, deverá a executoriedade do acordo ser solicitada por qualquer parte interessada e deve-lhes ser proporcionada sem avaliação de motivos de recusa e sem audição da parte contra a qual a execução é promovida. Só em sede de recurso da decisão que lhe confere executoriedade poderão apreciar-se das eventuais ofensas à ordem pública do Estado onde a execução é requerida<sup>61</sup>.

Esta ausência de regras especiais para execução de acordos de mediação num Estado- Membro distinto daquele de que são originários e a consequente aplicação dos preditos Regulamentos arrasta consigo a necessidade de em “duplo *exequatur*”<sup>62</sup>.

Destarte, ainda segundo o entendimento que vimos acolhendo, contornar a aludida necessidade recorrendo directamente ao Estado onde se pretende a execução do acordo pode não ser um caminho viável, pois nesse caso, irá aferir-se da conformidade

---

<sup>58</sup> Cfr. Dário Moura Vicente, *ob. cit.* 138 a 140.

<sup>59</sup> *Jornal oficial da União Europeia*, n.º L 338, de 23 de Dezembro de 2003, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004, também naquele Jornal mas, no n.º L 367, de 14 de Dezembro de 2004.

<sup>60</sup> *Jornal oficial da União Europeia*, n.º L 7, de 1º de Janeiro de 2009.

<sup>61</sup> Art. 6.º, n.º 1, segunda parte da Directiva.

<sup>62</sup> Expressão empregue por diversas vezes pelo autor que temos vindo a seguir, cfr. *ob. cit.*

do acordo com o direito nacional e certas regras materiais aplicáveis podem não se encontrar harmonizadas.

Por tudo o que dissemos é compreensível o relevo dado pelas instâncias comunitárias a este marco determinante na construção de mecanismos capazes de promover a mediação e que juntamente com as vantagens que lhe estão subjacentes fazem dela uma via de acesso à justiça.

### 3.5 A CONFIDENCIALIDADE DA MEDIAÇÃO

Um dos aspectos a que se atribuiu maior relevo no decurso do procedimento de elaboração da directiva foi, impreterivelmente, a confidencialidade da mediação. Ao longo deste trabalho, por diversas vezes referimos a necessidade de articulação da mediação com as normas de processo civil como objectivo perseguido pela directiva<sup>63</sup>.

Neste particular, urge saber se as informações obtidas no processo de mediação podem ser utilizadas num processo judicial ou arbitral posterior que tenha por objecto o mesmo litígio e, nessa eventualidade, em que termos e por quem?

No artigo 7º da Directiva, procurou salvaguardar-se que os Estados-membros criassem mecanismos para garantir, como regra, que nem os mediadores, nem os seus assistentes, estejam obrigados a prestar declarações ou a apresentar provas relacionadas com o processo de mediação, num processo judicial ou arbitral subsequente àquele.

Ainda de acordo com a Directiva, essa obrigação só poderá ser afastada se as partes nisso acordarem; se em causa estiverem razões imperiosas de ordem pública do Estado-membro onde se desenvolve a mediação (particularmente se se achar em risco o superior interesse da criança ou se a revelação de informações atinentes ao processo mediativo obstar a potenciais lesões da integridade física ou psíquica de uma pessoa); ou no caso de o conhecimento do conteúdo do acordo ser essencial para sua aplicação ou execução.

---

<sup>63</sup> “ A confidencialidade no processo de mediação é importante e a presente directiva deverá, por conseguinte, prever um nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis no que diz respeito à forma de proteger a confidencialidade da mediação em subseqüentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil e comercial” Considerando 23.

Pelo exposto, infere-se que a confidencialidade da mediação, tal como resulta deste normativo, não é vista em primeira linha como um dever de sigilo profissional a cabo do mediador e, por inerência, dos seus assistentes<sup>64</sup>, ao invés, é perspectivada como uma garantia de confiança neste método ao serviço das partes e, por conseguinte, condição de eficácia deste meio de resolução extrajudicial de litígios. Repara-se que às partes não contempladas na obrigação de confidencialidade traçada nestes termos nada as impede de revelarem, em processos judiciais ou arbitrais posteriores, informações cujo conhecimento lhes adveio no decurso do processo mediativo.<sup>65</sup> Só por via contratual aquelas podem limitar esta permissividade, realçando a ênfase que se coloca do lado das partes. São elas que moldam os termos em que se acham sujeitas à obrigação de confidencialidade.

Inclusive, como se disse, por acordo podem, igualmente, afastar o dever de confidencialidade a que estão constrangidos o mediador e aqueles que com ele trabalham.

Outra das razões que nos leva a crer ser este o espírito imbuído no preceito é, justamente, a sua evolução desde a versão inicial da proposta da Directiva, passando pela emenda sugerida no Parlamento Europeu, até à versão final que nos sobreveio. Ao longo desse trajecto, suscitaram-se dúvidas sobre a necessidade de introduzir uma correcção à primeira versão do texto, apresentada pela Comissão, que claramente excluía as partes do círculo abrangente de confidencialidade da mediação. Nesse sentido, o Parlamento Europeu formulou um reparo onde se solicitava a inclusão de uma nova formulação do artigo 6º, que também passasse a considerar envolvidas naquele círculo as partes.

---

<sup>64</sup> Acompanhamos neste sentido Dário Moura Vicente *ob. cit.* págs. 136 e 137 no entanto, o autor não exclui que o mediador actue a coberto de um dever de sigilo profissional resultante do respeito por um Código Deontológico. Assim, também Cátia Marques Cebola *ob. cit.* Apesar de considerarmos que, à luz da Directiva, a confidencialidade da mediação está ao serviço das partes e que, nessa medida, o dever de sigilo profissional do mediador foi relegado para segundo plano, estamos convictos da necessidade da sua afirmação para a uma boa prática mediativa.

<sup>65</sup> Dário Moura Vicente *ob. cit.* p. 5, pág. 136.

Afinal, acabou por confirmar-se a versão inicial que as excluía, por se julgar que, ao condicionar-se a possibilidade de elas utilizarem as informações obtidas na mediação, estaria a limitar-se o seu direito de defesa<sup>66</sup>.

Este entendimento não deixa de ter inconvenientes, por exemplo, pode dar-se o caso de se favorecer a parte que, actuando de má-fé, se retira do procedimento de mediação onde foram empregues e conhecidos elementos de prova (documentos, informações, etc.) apresentados pela outra parte e que, pela via tradicional, não lhe seriam facultados.<sup>67</sup>

Felizmente, no n.º 2 do art. 7.º, dá-se aos Estados-membros a possibilidade de empregarem *“medidas mais rigorosas para protegerem a confidencialidade da mediação”*.

Nos Estados que optarem por não usar desta permissão, as partes podem sempre, previamente, fixar por via contratual o alcance do dever de confidencialidade, no sentido de, com ele, conseguirem uma maior salvaguarda das informações prestadas no processo de mediação, obstando àqueles incómodos<sup>68</sup>. Necessário é, porém, que assim procedam...

Depois do que dissemos, resta-nos uma breve nota sobre as informações que estão compreendidas pelo dever de confidencialidade. Aquelas que, de acordo com a normativa, decorrem ou estão de algum modo relacionadas com o processo de mediação.

A respeito disso, convém lembrar que na proposta inicial da Directiva era claro que as provas levadas para a mediação (portanto, não resultantes do processo de mediação mas aí usadas) deviam ser admitidas em processos judiciais ou arbitrais posteriores.

---

<sup>66</sup> Alfonso Ybarra Bores, *ob. cit.* p.2 e 3, pág. 19.

<sup>67</sup> Alfonso Ybarra Bores, *ob. cit.* p. 3, pág. 19 lembra que teria sido de grande valor para a promoção da mediação que os dados conhecidos no seu processo e que à margem do mesmo não podiam ser conhecidos deveriam em qualquer caso estar protegidos pelo dever de confidencialidade.

<sup>68</sup> Dário Moura Vicente, *ob. cit.* p. 6, pág. 136.

Ainda naquela versão, elencavam-se aspectos sobre ao quais incidia o dever de sigilo, e relativamente aos quais não podiam, sob pena de inadmissibilidade probatória, ser prestadas informações.

Na actual redacção, embora de forma menos objectiva, parece que se mantêm a predita abrangência<sup>69</sup>.

### 3.6. EFEITOS DA MEDIAÇÃO NOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E CADUCIDADE

Quando se recorre à mediação, não é possível prever qual o resultado que daí advém. As partes almejam um acordo, mas nem sempre o hão-de conseguir, muitas vezes porque os interesses em questão não permitem cedências, outras vezes, apenas, por teimosia dos envolvidos. Certo é que, sendo a mediação um processo voluntário, nada lhes impõe que se consiga um acordo.

Visto que o desfecho deste mecanismo é incerto, se as partes não obtiverem uma solução para o conflito, não devem ficar impedidas de, em razão do decurso do prazo para o exercício dos seus direitos, recorrerem ao tribunal ou à arbitragem. Com efeito, esta garantia é outro dos pressupostos necessários a uma saudável articulação entre a mediação e o processo judicial e, por inerência, uma forma de promoção da mediação.

Neste desiderato, a Directiva comunitária (art.8.º e Considerando 24) alerta os Estados-membros para a necessidade de adaptarem as suas regras relativas aos prazos de prescrição e caducidade<sup>70</sup>.

Na proposta inicial da directiva indicava-se que a suspensão dos prazos teria lugar *“a contar do momento em que, após ter surgido o litígio: a) as partes decidem recorrer à mediação, b) o recurso à mediação é ordenado por um tribunal, ou c) a legislação nacional de um Estado-Membro obriga a recorrer à*

---

<sup>69</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* ponto 2, pág. 41.

<sup>70</sup> Note-se que estando estas matérias vedadas à disponibilidade das instâncias comunitárias por pertencerem à competência interna de cada Estado-Membro, não foi possível, por meio da Directiva, harmonizar as ditas regras, ficando, somente, uma chamada de atenção para que cada um dos Estados dispusesse sobre elas em ordem aos objectivos perseguidos pela normativa.

mediação.”<sup>71</sup>(*sublinhado nosso*) E o seu término, ocorreria no momento de finalização da mediação (sem que tenha sido possível chegar a um consenso), a calcular desde a data em que ambas as partes, ou só uma delas, ou, ainda, o mediador, declarem encerrado o processo de mediação.

Esta minuciosa referência às circunstâncias que haviam de marcar o início e o fim da suspensão dos prazos foi suprimida na versão final da Directiva, bastante mais simples e, ao mesmo tempo, mais permissiva para os Estados<sup>72</sup>.

De salientar, ainda, que este diploma norteador, pensando talvez na astúcia de partes mais imaginativas, não se esqueceu de prever a possibilidade de se fixarem prazos máximos para os processos de mediação, evitando, por essa via, que se use este método como um expediente dilatatório, na medida em que, através dele, se prolonguem as tentativas de mediação por tempos infindáveis<sup>73</sup>.

Acreditamos ser esta a ideia subjacente ao disposto no seu Considerando 13, porém esta providência parece expressamente contemplada para a mediação contemporânea de um processo judicial, porquanto é aos tribunais que se atribui a faculdade de, nos termos do direito nacional, fixar um prazo máximo para o processo mediativo.

Quaisquer fixações desse género terão sempre de respeitar o princípio da voluntariedade que anda de braço dado com a mediação.

---

<sup>71</sup> Art. 7.º da Proposta de Directiva COM (2004).

<sup>72</sup> O que se justifica no seguimento do que se disse na nota 1, para a qual remetemos.

<sup>73</sup> Cátia Marques Cebola, *ob. cit.*

### CAPÍTULO III

#### A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2008/52/CE PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS- NOTAS DE DIÉRI TO COMPARDO

Vimos nos capítulos precedentes a importância das directivas e da sua transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, depois analisamos a Directiva relativa a certos aspectos da mediação civil e comercial em cuja transposição, agora, nos pretendemos focar. Este último passo, permitiu-nos conhecer os resultados que a normativa pretendia cabe agora ver porque meios e de que forma o legislador português lhes deu seguimento apresentando, sempre que possível, um olhar sobre a mesma transposição para outros Estados-membros.

#### 1. BREVES NOTAS SOBRE A FORMA DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2008/52/CE

A transposição da Directiva 2008/52/CE do Parlamento e do Conselho de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial devia acontecer no espaço de dois anos após a sua publicação portanto, antes de 21 de Maio de 2011. (cfr. Art. 12.º da Directiva). Acresce que as disposições legislativas, regulamentares e administrativas adoptadas pelos Estados-membros para o cumprimento da Directiva deviam conter uma menção expressa na qual se reportassem à normativa em questão, de maneira a garantir uma rápida associação entre os dois documentos.

Após aprovação dos necessários mecanismos de transposição para o direito interno deviam comunicar-se os seus termos à Comissão.

A 13 de Setembro de 2011 por intermédio de uma Resolução<sup>74</sup> o Parlamento Europeu dava conta de que a maioria dos Estados-membros já tinha comunicado o

<sup>74</sup> Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:051E:0017:0020:PT:PDF>, acedido pela última vez em 2 de Fevereiro de 2014.

termo do processo de implementação dos mecanismos necessários ao cumprimento dos resultados estabelecidos pela Directiva porém, alguns Estados, como a República-Checa, Áustria, Finlândia e Suécia não se tinham, até aquela data, pronunciado. No geral, atendendo ao relatório da Resolução, os concretos indicadores da transposição eram satisfatórios.

Em Portugal, a incorporação deste instrumento normativo fez-se através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho<sup>75</sup> (a Lei do Inventário) portanto, dentro do limite do prazo fixado para o efeito. Mas, a execução de uma boa parte das disposições contidas naquela Lei estava dependente de regulação que só veio a ser aprovada um dia antes da conclusão do aludido prazo limite, justamente, a 20 de Maio de 2011. Falamos especificamente da Portaria n.º 203/2011<sup>76</sup> que definia os sistemas de mediação pré-judicial cuja utilização suspendia os prazos de caducidade e prescrição.

Com efeito, entre o momento de aprovação da Lei de transposição e da publicação da dita Portaria havia um certo vazio de execução pelo que, a efectiva transposição da directiva só naquela altura tomou forma.

Acontece que, em parte, furto da confusão que as disposições contidas naquela lei comportavam e cujos termos analisaremos *infra*, o Governo português achou necessário revogá-las e aprovar uma nova lei- a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril<sup>77</sup> (cfr. art. 49.º) que está hoje em vigor no nosso ordenamento jurídico, também esta nos merecerá considerações subsequentes.

Diga-se contudo, que não fomos os únicos cujo processo de incorporação da directiva se fez em termos um tanto atribulados. Na vizinha Espanha, a situação política que por aquela altura se vivia não permitiu que se aprovasse, dentro do tempo estipulado, o Projecto de Lei que contemplava as normas relativas à transposição do instrumento comunitário, tendo entrado em situação de incumprimento. Ciente desse facto, o executivo comunitário deu-lhe um prazo de dois meses para corrigir aquela

---

<sup>75</sup> Diário da República, 1.ª série- N.º 123- 29 de Junho de 2009.

<sup>76</sup> Diário da República, 1.ª série- N.º 98- 20 de Maio de 2011.

<sup>77</sup> Diário da República, 1.ª série-N.º 77- 19 de Abril de 2013.



falha sob pena de reagir contenciosamente. No mesmo sentido, foram também enviadas missivas ao Chipre, República Checa, Luxemburgo e França.<sup>78</sup>

Ainda, em Espanha, foi publicado a 6 de Março de 2012 o *Real Decreto-Ley 5/2012*, que visava por cobro aquele incumprimento. Aliás, nesse documento normativo, na exposição de motivos, faz-se menção disso “...*el transcurso del plazo de incorporación al ordenamento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justifica el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se pone fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea.*”<sup>79</sup> Este diploma viria mais tarde a ser confirmado pela Ley 5/2012 de 6 de Julho que é hoje a lei espanhola sobre a mediação em assuntos civis e comerciais.

Por último, uma breve nota sobre o prazo de transposição da Directiva encetada pela Grécia e pela Itália respectivamente, na *Lei n.º 3898/2010*<sup>80</sup> e no *Decreto-legislativo 4 de Marzo 2010*<sup>81</sup>, em ambos os casos dentro do prazo previsto.

## 2.A TRANSPOSIÇÃO PORTUGUESA- ASPECTOS ESTRUTURANTES

### 2.1 Da Lei 29/2009 de 29 de Junho à Lei 29/ 2013 de 19 de Abril

Como deixamos escrito atrás a incorporação da Directiva sobre mediação civil e comercial, na ordem interna portuguesa, deu-se através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que introduziu a regulamentação desse meio no Código do Processo Civil- arts.

<sup>78</sup> Alfonso Ybarra Bores, *ob. cit.* pág.10.

<sup>79</sup> *Boletín Oficial Del Estado*, sec. I, págs.18783 a 18799, núm.56, de 6 de marzo de 2012, com correcção de erros no *BOE* núm. 65, de 16 de marzo de 2012.

<sup>80</sup> Publicada no *Diário do Governo Grego*, I série, n.º 211/2010, de 16.12, a súmula das ideias subjacentes aquela lei pode ser consultada em [https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation\\_in\\_member\\_states-64-el-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-el-pt.do?member=1), confirmado o link a 10 de Março de 2014.

<sup>81</sup>Disponível

em

<http://www.esptorisponde.ilsole24ore.com/Documenti/Approfondimenti/2013/10/21102013/PRIMA-GRAFICA/DLGS-28-1010.pdf>, acedido pela última vez, 10 de Março de 2014.

249.º-A a 249.ºC e 279.ºA. A maneira porque foi feita mereceu dúvidas à doutrina nacional.

Efectivamente, não se compreendia a associação que o legislador português fez entre a mediação e a Lei do Inventário por intermédio da qual transpôs a directiva, parecia mais, conveniente que a transposição tivesse merecido ao legislador um tratamento autónomo, num diploma que de forma geral e sistemática dispusesse sobre a mediação<sup>82</sup>.

Depois, a inserção das ditas normas no CPC que aquela lei operava era sistematicamente incongruente porque, arrumada no âmbito das citações quando no capítulo subsequente se abordava o início da instância. Aliás, a própria inclusão das normas no CPC não era vista com agrado porquanto, não promovia a diferenciação entre os processos de natureza quase judicial e a mediação, algo que a directiva tão insistentemente pretendia. Acrescia-lhe o facto de para outro meio extrajudicial de solução de litígios- a arbitragem- se ter optado por um tratamento autónomo<sup>83</sup>.

A estas críticas formais juntavam-se as críticas ao conteúdo dos cânones reguladores da mediação algumas das quais serão *infra* por nós consideradas quando dispusermos sobre alguns dos pontos-chave da transposição.

Após, um período de vigência relativamente curto (desde 2009 até 2013), estas normas acabaram por ser revogadas e a mediação civil e comercial passou a ter um tratamento normativo no quadro da Lei geral da mediação- Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

A sistematização desta lei é representativa de uma preocupação de regular a mediação em termos mais consistentes do que aqueles que até então existiam.

A Lei em questão está estruturada em seis capítulos: disposições gerais (cap. I); princípios (cap.II); mediação civil e comercial (cap. III); mediador de conflitos (cap.IV); sistemas públicos de mediação (cap. V) e disposições finais e transitórias (cap. VI) e fixa um *regime geral* da mediação. Ao agir deste modo o legislador português foi mais

---

<sup>82</sup> Nesse sentido pronunciaram-se Cátia Marques Cebola, *ob. cit.* e Dário Moura Vicente, *Ob. cit.* pág. 143.

<sup>83</sup> Dando voz a estas crítica Cátia Marques Cebola, *ob. cit.* No sentido oposto, felicitando a inclusão das normas no CPC por considerar que dessa maneira se dava mais projecção à mediação, tínhamos Mariana França Gouveia, *ob. cit.* pág. 33.

além do que era imposto pela Directiva contemplando regras para os litígios transfronteiriços intracomunitários e para todos os outros procedimentos de mediação.

Embora estejamos em face de um regime geral a sua regulamentação legal desenha-se em diferentes círculos de aplicabilidade, os quais podemos delinear de acordo com as quatro alíneas do art. 1.º em normas de aplicação universal- os princípios orientadores da mediação, al. a) e arts. 3.º e 9.º - aplicam-se na mediação privada e nos sistemas públicos de mediação quer dos Julgados de Paz, quer nos de mediação especializada-laboral, familiar e penal; e em normas de aplicação aparentemente universal- al. c) que disciplinam o regime jurídico dos mediadores mas, apenas para a mediação privada porque, nos sistemas públicos de mediação existe uma regulamentação própria e até bastante detalhada. Seguem-se as normas de aplicação fragmentária onde é possível identificar dois círculos de regulação, um para os sistemas públicos de mediação- arts. 30.º e ss, e outro para a mediação civil e comercial de natureza privada ou solicitada nos sistemas de mediação dos Julgados de Paz- art. 10.º a 22.º.<sup>84</sup>

Com esta estruturação o legislador português criou uma clara peculiaridade do nosso sistema de mediação que se traduz na promoção da mediação privada mas, também na organização de sistemas públicos de mediação ao dispor dos cidadãos<sup>85</sup>.

Trata-se de uma maneira de consagrar a mediação como uma das vias de acesso à justiça inteiramente concordante com a previsão constitucional do art.202.º nº4 da CRP e complacente com a pretensão da directiva<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* pág. 14 a 16.

<sup>85</sup> Idem...*ob. cit.* pág. 173 e 174. Seguindo os ilustres professores em anotação à lei que nos guia podemos reportar-nos aos quatro sistemas públicos de mediação existentes em Portugal: três de mediação especializada e o dos Julgados de Paz. Os sistemas de mediação especializada são dedicados à mediação laboral, familiar (ao abrigo do Despacho do Secretário de Justiça n.º18778/2007, de 13 de Julho de 2007, *Diário da República*, II Série, de 22 de Agosto de 2007) e penal (Lei n.º21/2007, de 12 de Junho).

<sup>86</sup> Rossana Martingo Cruz, *ob. cit.* pág. 67.

## 2.2 OS ASPECTOS CHAVE DA NOSSA TRANSPOSIÇÃO

Nos pontos seguintes vamos procurar fazer uma abordagem dos aspectos mais importantes da transposição da directiva para o nosso ordenamento jurídico: a confidencialidade da mediação; homologação dos acordos de mediação e a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição.

No mesmo passo vamos também procurar compreender como é que em Espanha e na Grécia se trataram de iguais questões.

### 2.2.1. A confidencialidade da mediação

a. A Lei portuguesa previa no art. 249.ºC do anterior CPC a confidencialidade da mediação estando por ela abrangida todo o conteúdo das sessões com excepção do acordo<sup>87</sup>. Assim, todas as informações decorrentes do procedimento de mediação não podiam ser valoradas como prova em tribunal.

Este critério era mais amplo do que o da própria directiva que apenas limitava a regra da confidencialidade às informações obtidas pelos mediadores e pelas pessoas envolvidas na mediação<sup>88</sup>.

Ainda, nos termos daquele artigo, estavam vinculados à obrigação de confidencialidade as partes, o mediador e os demais envolvidos no processo de mediação. Em relação às partes era uma novidade face à directiva que não as abrangia embora admitisse que elas próprias por acordo se podiam vincular à dita obrigação. Acontece que nesse caso a obrigação de confidencialidade teria fonte contratual e não legal como previa a lei portuguesa<sup>89</sup>.

Outra das particularidades da lei portuguesa face à previsão da confidencialidade na directiva era a delimitação das situações em que podia ser afastada. Pela nossa lei,

---

<sup>87</sup> Escrevia Mariana França Gouveia, “...O preceito refere ainda que o acordo nunca é confidencial.”, ob. cit. p.2, pág.75

<sup>88</sup> Dário Moura Vicente, ob. cit. pág. 146.

<sup>89</sup> Mariana França Gouveia, ob. cit. págs.74 a 77e Dário Moura Vicente, ob. cit. pág. 115.

seria afastada “*em casos de circunstâncias excepcionais*” (cfr. art. 249.ºC do anterior CPC), o que se traduzia numa “previsão genérica”<sup>90</sup> composta apenas por um exemplo- “*...nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa*”- também ele usado pela directiva mas, nesta última, de forma mais consistente porque reportado à excepção da ordem pública.

Na verdade, uma previsão tão abrangente tinha um inconveniente, deixava a porta aberta para um conjunto de situações muito díspares não contempladas pela directiva daí que se tivessem surgido problemas interpretativos haveria que dar prevalência ao sentido desta última<sup>91</sup> (princípio *da interpretação conforme ao direito comunitário*).

Acresce que a obrigação de confidencialidade não podia ser afastada por acordo das partes pois, como dissemos, à luz daquela disposição legal, era uma regra imperativa, em coerência com as soluções já existentes no nosso ordenamento jurídico- na anterior Lei dos Julgados de Paz, ao abrigo do art. 52.º<sup>92</sup>, e na Lei da Mediação Penal, nos termos do art. 4.º n.º 5<sup>93</sup>. Esta opção era também, mais rigorosa do que a da Directiva.

b. De acordo com a Lei da Mediação, hoje em vigor, e pela qual nos orientamos, a confidencialidade deste modo de resolução de conflitos está expressamente consagrada como um princípio estruturante do procedimento (cap.II-art.5.º)<sup>94</sup> e abrange *todo* o conteúdo das sessões de mediação. Portanto, não apenas as informações daí resultantes mas também, documentos trocados, palavras ditas pelas partes e pelo mediador e mesmo propostas de soluções formuladas<sup>95</sup>. De notar que “*o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem*” (cfr. art. 5.º n.º4 da lei em análise).

---

<sup>90</sup> Cátia Marques Cebola, *ob. cit.*

<sup>91</sup> *Idem...*ob. cit.

<sup>92</sup> Esta norma foi revogada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho, estando hoje prevista assinatura de um protocolo de mediação nos termos da Lei da Mediação.

<sup>93</sup> Mariana França Gouveia, *ob. cit.* págs.74 a 77.

<sup>94</sup> Estes princípios aplicam-se a todas as formas de mediação realizadas no nosso ordenamento jurídico, uma vez que como se disse atrás integra o capítulo cujas normas têm um âmbito de aplicação universal.

<sup>95</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* págs. 38 a 46.

Até aqui, nada de novo pois, o revogado art. 249.ºC do anterior CPC já predizia este âmbito de abrangência, mantendo-se assim, uma solução legal mais ampla do que a prevista na directiva.

No que toca a saber quem se considera abrangido pela confidencialidade da mediação à que olhar para n.º1 do art.5º conjugado com o art. 26.º al. d), onde expressamente se estabelece que o mediador tem um dever de sigilo com contornos muito próximos ao do segredo profissional e que compreende quer uma dimensão externa- o mediador não pode revelar a terceiros informações inerentes ao processo de mediação- quer uma dimensão interna- não pode transmitir informações que lhe foram prestadas em privado por uma das partes às restantes (cfr. art.5.º n.º2)<sup>96</sup>. Fruto deste seu dever de confidencialidade, o mediador está impedido de *“ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.”* (cfr. art.28.º). Aliás, a violação deste dever pelo mediador gera responsabilidade civil pelos danos causados e pode também conduzir a sanções específicas se praticada nos sistemas públicos de mediação. (cfr. Art.8.º n.º2 e art.44.º)

Também as partes se acham abrangidas pela obrigação de confidencialidade pois, como se disse, *todo* o conteúdo da sessão de mediação está sujeito a sigilo. Ora isso, só será possível se qualquer dos intervenientes na referida sessão, incluindo as próprias partes, se acharem vinculados à confidencialidade<sup>97</sup>.

Era esse o espírito interpretativo na anterior previsão normativa e que serve de igual maneira para a actual, mantendo-se as considerações que tecemos a respeito sobre a conformidade com a directiva.

No seguimento da linha interpretativa, que fixamos em relação às partes, conjugada com a previsão expressa do art. 18.º n.º3, temos de incluir similarmente, os demais intervenientes no processo- mandatários, representantes das partes e técnicos dos serviços de mediação.

A respeito do princípio da confidencialidade, que temos vindo a tratar há ainda que enumerar as excepções que lhe andam associadas.

---

<sup>96</sup> Idem... *ob. cit.* págs. 38 a 41.

<sup>97</sup> Idem... *ob. cit.* págs. 38 a 41

Assim, o art. 5.º n.º3 dispõe que o vaticinado dever só pode ser afastado por interesses públicos mais relevantes que o sucesso da mediação<sup>98</sup>, adianta dois exemplos- superior interesse da criança e prevenção de lesões à integridade física ou psíquica de uma pessoa- os mesmos que a directiva previa. Pode cessar igualmente, quando se revelar contrário às finalidades da mediação ou seja, para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido na sequência do procedimento mediativo sempre em linha de conta com o princípio da proporcionalidade- *“na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a protecção dos referidos interesse”*.

Quanto ao consentimento expresso das partes- contemplado na directiva como forma de afastar a confidencialidade- não é, à luz da lei portuguesa, fundamento suficiente para fazer ceder o princípio da confidencialidade<sup>99</sup>. Justamente, porque a lei não o admite expressamente, nem isso se pode infirmar do seu espírito. Por outro lado, a nossa lei associa o dever de confidencialidade ao sigilo profissional do mediador, isto significa que o vê em parte, como um elemento de protecção da actuação dos profissionais da área. No entanto, a doutrina considera que a previsão normativa em apreço não impede um acordo em sentido contrário isto é, aquele por intermédio do qual as partes fixem um dever de confidencialidade mais restritivo<sup>100</sup>.

c. De maneira semelhante à nossa previsão legal, na Grécia o legislador optou, também, por afastar da obrigação da confidencialidade o conteúdo do acordo que, por princípio, pode ser revelado.

Nos termos do art. 10.º da Lei grega sobre a mediação e que referimos *supra* todos os participantes no procedimento devem comprometer-se por escrito a respeitar a confidencialidade dele. Essa obrigação só poderá ser afastada quando estejam em causa razões de ordem pública, utilizando para efeito os mesmos exemplos da directiva.

Quanto ao acordo das partes pode ser usado para consagrar uma obrigação mais restrita do que a imposta pela lei e para a tornar mais flexível, afastando-se neste ponto da lei portuguesa.

<sup>98</sup> Idem... *ob. cit.* págs. 38 a 41

<sup>99</sup> Seguimos o ponto de vista e os respectivos argumentos dos ilustres professores Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* pág.43, por nos parecerem ser os mais correctos. Em sentido contrário Rossana Martingo Cruz, *ob. cit.* pág. 42

<sup>100</sup> Dário Moura Vicente, *ob. cit.* p.108.

De facto também em Espanha, onde à semelhança da actual lei portuguesa a confidencialidade da mediação é consagrada como um princípio básico do procedimento, admite-se que possa ser afastada por acordo das partes (cfr. art. 9.º n.º2, al. a) Ley 5/2012 de 6 de Julho). Mas não só, distanciando-se quer da formulação da Lei portuguesa quer da formulação da Lei grega, a Lei espanhola permite na al. b) do n.º2 do art. 9.º que a confidencialidade da mediação possa ser desconceituada por solicitação judicial motivada no âmbito penal. Parece que, ainda que em termos diferentes, se quis reportar à excepção da ordem pública<sup>101</sup> e nesse caso, o espírito da normativa espanhola não será tão diferente dos seus congéneres.

### 2.2.2 Homologação dos acordos de mediação

a. Entre nós a transposição do art. 6.º da Directiva, sob a epígrafe de “*Executoriedade dos acordos obtidos por via da mediação*”, foi feita ao abrigo do já revogado art. 249.ºB do CPC. Porém, ao contrário da previsão comunitária o legislador português reportou-se à homologação como via de controlo da legalidade e não como forma de atribuição de força executiva aos acordos.

Esta diferença não era inusitada tinha antes, subjacente uma singularidade própria do nosso ordenamento jurídico reportada à prévia força executiva dos documentos particulares assinados pelo devedor nos quais se reconhecia a existência de uma obrigação- art. 46.º, al.c) do CPC<sup>102</sup>. Por isso, os acordos de mediação desde que revestissem os requisitos necessários de exequibilidade dos documentos particulares não careciam de um acto concreto que os dotasse de força executória<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Alfonso Ybarra Bores, *ob. cit.* nota 58, pág. 20.

<sup>102</sup> Mariana França Gouveia, *ob. cit.* p. 5 e 6, pág. 69. Com o mesmo entendimento Dário Moura Vicente, *ob. cit.* pág.138 e 147. Em sentido oposto, afirmando que o legislador português podia ter reconhecido a execução directa dos acordos de mediação no art. 46.º de anterior CPC, Cátia Marques Cebola, *ob. cit.* pág.454.

<sup>103</sup> Dário Moura Vicente, *ob. cit.* p. 2, pág. 147, o ilustre professor referia ainda quais os requisitos da exequibilidade dos documentos particulares- deviam comportar a constituição ou o reconhecimento de



Era este o panorama normativo na mediação pré-judicial no nosso ordenamento jurídico, que munia a homologação de um a *carácter facultativo* e lhe conferia a finalidade de reforçar a força executiva dos acordos de mediação ou seja, o acordo homologado valia como sentença judicial logo, os fundamentos de oposição à execução seriam mais restritos- ao abrigo do anterior art. 814.º do CPC<sup>104</sup>.

Nesta cede a homologação devia ser pedida pelas partes em conjunto respeitando dessa maneira, o disposto na directiva<sup>105</sup>.

Por seu turno, o anterior art. 279.º A n.º5 também ele do CPC, estabelecia que a homologação para acordos de mediação contemporânea do processo judicial era sempre necessária realizando-se por via dela o controlo do objecto e da qualidade dos intervenientes<sup>106</sup>, consoante a remissão que se fazia para as regras da transacção (cfr. anterior art. 300.º do CPC e art. 1248º n.º1 do CC).

b. Com a Lei da Mediação o legislador português veio consagrar o princípio da executoriedade dos acordos de mediação (cfr. art.9.º). Em conformidade com esse princípio o acordo de mediação tem força executiva sempre que se verifiquem os seus requisitos sem necessidade de homologação judicial. A opção do legislador nacional vai por isso mais além do que era imposto pela directiva mas, respeitando o seu objectivo<sup>107</sup>.

Como requisitos para a homologação o legislador fixou a licitude do acordo em face da lei aplicável- al. a) a d) do art.9.º, aferindo-se esta pela possibilidade de sujeitar o objecto a mediação (cfr. art.11.º da Lei da mediação e art. 1248.º do CC); pela ausência obrigações pecuniárias, cujo montante fosse determinado ou determinável por simples cálculo aritmético, ou obrigações de entrega de coisa certa ou de prestação de facto. Lembrava também que a homologação seria necessária quando se pretendesse que um acordo celebrado em Portugal havia de ser executado noutro Estado-membro ou em sentido oposto, quando um acordo havia sido conseguido noutro país, onde não lhe tinha sido atribuída força executiva pretendendo-se a sua execução em território português- em ambos os casos estava em causa a executoriedade internacional.

<sup>104</sup> Mariana França Gouveia, *ob. cit.* p.6, pág. 70 e 71.

<sup>105</sup> *Idem.*...p. 6, pág. 70.

<sup>106</sup> *Idem.*...p. 6, pág. 70.

<sup>107</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* p. 1 a 3, págs. 56 e 57.

de normas a exigir a homologação judicial; capacidade das partes; e harmonia do acordo com a ordem pública. Por outro lado, o mediador tem de estar inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça (ressalva-se esta exigência no caso dos sistemas públicos de mediação- n.º 2 do art.9.º)<sup>108</sup>.

Quanto aos acordos de mediação conseguidos noutro Estado-membro da UE este princípio contempla-os igualmente, pois também eles são dotados de executividade, bastando para isso que digam respeito a um litígio que possa ser objecto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial (parte-se de uma ideia de *confiança mútua*) bem como ainda, se o seu conteúdo não violar a ordem pública.<sup>109</sup>

Em face do princípio da executividade a homologação de acordo obtido em mediação pré-judicial, a que se refere o art. 14.º, reveste uma natureza *facultativa* servindo para conferir ao acordo “*especial força executiva*” ou para estabelecer a sua eficácia além-fronteiras. De facto, no primeiro caso, os fundamentos de oposição à execução são mais restritos dado que o acordo é por esta via equiparado a uma sentença judicial- art. 729.º do CPC.

Não obstante, como vimos atrás se os requisitos para a aplicação deste princípio não estiverem verificados, a homologação pode ser uma via para garantir a executividade dos acordos conseguidos no âmbito da mediação pré-judicial. Basta, que em concreto se apresente exigências legais nesse sentido, como acontece nas causas submetidas aos Julgados de Paz e com os consensos conseguidos na sequência de um processo tutelar cível<sup>110</sup>.

Em qualquer caso o padrão de homologação à luz da actual lei assenta na verificação da conformidade com os princípios gerais de direito (boa-fé, abuso de

---

<sup>108</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, acreditam que à luz da actual lei a necessidade de homologação foi potenciada pois, antes um acordo de mediação realizado na sequência de um procedimento em que um particular surgia nas vestes de mediador era dotado de força executiva hoje, não o é. Por outro lado, até à entrada em vigor do actual CPC, também os consensos que resultavam de negociação sem intervenção de um mediador seriam título executivo (art. 1248.º e 1250.º do CC, conjugado com o art.46.º do CPC) diferentemente, os acordos de mediação, onde o risco de ilicitude era menor, não gozavam desta prerrogativa. Todavia, com a entrada em vigor do novo CPC os documentos particulares deixaram de ser título executivo- art. 703.º do CPC e esse *contra- sensu* foi eliminado. *In ob. cit.* pág. 58 a 61.

<sup>109</sup> Idem...ob. cit. págs. 61 e 62.

<sup>110</sup> Idem...ob. cit. págs. 96 a 97.

direito e salvaguarda da ordem pública), a possibilidade de mediabilidade do litígio e o respeito pelos princípios fundamentais da mediação<sup>111</sup>.

O pedido de homologação, tal como previa a directiva, deve ser feito em conjunto pelas partes em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via electrónica. (cfr. Art.14.º).

Quanto à homologação dos acordos contemporâneos do processo judicial (art. 273.º do CPC) a sua previsão normativa está contemplada no art. 45.º da Lei em análise e trata-se de homologação obrigatória, à semelhança do que já acontecia no revogado art. 249.ºA do CPC<sup>112</sup>, realizando-se o procedimento na senda do art. 14.º nos termos *supra* descritos<sup>113</sup>.

c. Na vizinha Espanha a consagração normativa da executoriedade dos acordos de mediação fez-se ao abrigo do art. 25.º da Lei 5/2012 de 6 de Julho. Por seu interregno os ditos acordos acompanhados das actas da sessão constitutiva e do final do procedimento devem ser presentes ao notário para que este lhes confira a pretendida força executiva. (n.º1 do *supra* referido artigo).

Uma vez requerida a homologação ante o notário este irá aferir do cumprimento dos requisitos exigidos pela Lei espanhola e da sua conformidade com o direito<sup>114</sup>.

É este o caminho a percorrer pelos acordos de mediação obtidos neste estado-membro e que nele serão executados. Se porém, se pretender a sua execução noutro estado-membro além, da indispensável conversão em escritura pública, os acordos terão de ser conformes com as Convenções internacionais de que a Espanha seja parte. (n.3.º)

Diferentemente, se o acordo foi alcançado no âmbito de um procedimento de mediação contemporâneo do processo judicial a sua homologação deve ser solicitada ao juiz e deve realizar-se nos termos da *Ley de Enjuiciamiento Civil*. (n.4.º).

Até aqui, podemos evidenciar uma diferença fulcral em relação à lei portuguesa que consiste, justamente, no sentido que a homologação adquire no ordenamento jurídico deste congénere. Em Espanha, não se consagrou um princípio da executoriedade dos acordos de mediação sendo necessário elevá-los à categoria de escritura pública para

<sup>111</sup> Idem... *ob. cit.* pág. 97 e 98.

<sup>112</sup> Mariana França Gouveia, *ob. cit.* pág. 78.

<sup>113</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* págs. 210 a 213.

<sup>114</sup> Carmen Azcárraga Monzonís, *ob. cit.*

poderem gozar de executoriedade. De resto, a homologação dos acordos obtidos em mediação conexa com um processo judicial é entre nós obrigatória, em Espanha parece ser facultativa porquanto, se introduz a expressão “... *las partes podrán solicitar del tribunal su homologación...*” (cfr. n.º4 do art. 25.º da Lei Espanhola de Mediação).

No que respeita, os acordos de mediação celebrados noutro país mas, a executar em Espanha, a lei em questão distingue duas situações: aquela em que o acordo de mediação já foi declarado executório noutro Estado-membro e aquela outra, onde não foi. No primeiro caso, só pode ser executado se a força executiva tenha sido atribuída por uma autoridade que desempenhe funções semelhantes às autoridades espanholas competentes para esse efeito- art.27.º n.º1 - e desde que, não seja contrário à ordem pública espanhola (n.º3). No segundo caso, só o será após a elevação a escritura pública por notário espanhol mediante solicitação das partes ou de uma delas com o consentimento expreso das demais. (n.º2).

Em relação a este ponto em particular a nossa lei vai também, mais além do que a homóloga espanhola visto que, o princípio da executoriedade dos acordos de mediação entre nós consagrados concede executoriedade aos consensos alcançados em outros estados-membros.

Já na Grécia, a solução encontrada para dar cumprimento ao propósito da Directiva aproximasse mais, da solução portuguesa do que da espanhola.(art. 9.º da Lei n. 3898/2010) De facto, também aí os acordos mediativos podem ser logo título executivo bastando para esse efeito, sob o ponto de vista material, que o acordo das partes contenha uma pretensão que possa ser satisfeita por via de execução forçosa e sob o ponto de vista formal, requer-se o depositado da acta do procedimento no tribunal de primeira instância do lugar onde se realizou a mediação. (n.º3<sup>115</sup>)

### **2.2.3A suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade**

a. O anterior quadro normativo da mediação previa diferentes regras de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição consoante se trata-se de mediação pré-judicial<sup>116</sup> (institucionalizada) ou mediação contemporânea do processo judicial.

<sup>115</sup> Este cânone normativo remete para as normas do direito substantivo grego- art. 904º, al.2 parágrafo c).

<sup>116</sup> Optamos por usar a expressão da lei mas, a expressão oferece algumas reticências a Dulce Lopes e Afonso Patrão, ob. cit. págs. 91 e 92.

Assim, no revogado art. 249.ºA do CPC fixava-se que a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição da mediação pré-judicial tinha lugar apenas nos casos em que se utilizavam os sistemas de mediação aprovados pelo governo, deixando de fora a mediação “*ad hoc*” e a mediação levada a cabo por entidades estrangeiras<sup>117</sup>. Contava-se desde a data em que, nos referidos sistemas, era solicitada a intervenção do mediador (cfr. n.º2) e retomava-se no momento em que uma das partes entendia que não deveria continuar com o processo ou quando o mediador determina-se o seu fim.

A duração da suspensão dos ditos prazos não estava estabelecida, nem se fazia menção ao modo como haveria de ser determinada porém, o mediador em função do caso concreto podia aquilatar da viabilidade para prosseguir com a mediação ou para a terminar obstando ao uso deste mecanismo como expediente dilatatório<sup>118</sup>.

Já quanto a suspensão dos prazos no âmbito da mediação contemporânea do processo judicial estava prevista no revogado art. 279.º A do CPC e dava-se automaticamente mediante comunicação de qualquer parte do recurso aos sistemas de mediação<sup>119</sup>. Retomando-se a sua contagem desde que o mediador participava ao tribunal que não houve acordo.

Neste caso a duração máxima da suspensão estava já expressamente designada por remissão do n.º2 do art.279.ºA do CPC para o art. 279.º n.º4 também ele do CPC, sendo de 6 meses.

b. No actual quadro normativo- art.13.º da lei da Mediação- a suspensão dos prazos não tem em geral um tratamento muito diferente do que havia sido consagrado anteriormente, mantendo-se o propósito da directiva de salvaguardar as partes contra o decurso dos prazos de prescrição e caducidade dos seus direitos<sup>120</sup> ainda assim, há uma particularidade da nova previsão que não podemos desconsiderar.

Com efeito, é permitido às partes usar quaisquer sistemas de mediação para a resolução de litígios e já não apenas aos sistemas públicos de mediação e os serviços de mediação de outros Estados-membros, como resultava da leitura do art. 249.ºA n.º2 e da

---

<sup>117</sup> Dário Moura Vicente *ob. cit.* págs. 146 e 147.

<sup>118</sup> Cátia Marques Cebola, *ob. cit.*

<sup>119</sup> Dário Moura Vicente *ob. cit.* págs. 146 e 147.

<sup>120</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão *ob. cit.* pág. 92 e 93.

Portaria 203/2011, de 20 de Maio. Esta novidade reveste uma grande importância por possibilitar o recurso à mediação privada, configurando-se como uma forma de promoção da mediação.<sup>121</sup>

A suspensão dos prazos começa a contar “...a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação.” (cfr. Art.13.º n.º2). Este artigo deve ser lido conjuntamente com o n.º2 do art.16.º e art. 34.º.

Quanto à retoma da contagem dos prazos referidos, acontece com o término da mediação que pode ser concretizado em três momentos: conclusão do procedimento de mediação motivada por recusa de uma das partes em continuar com o procedimento; pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determinar o fim do procedimento (cfr. N.3.º do art. 13.º). Ora, de acordo com os n.º5 e 6.º do mesmo preceito os actos de retoma da contagem dos prazos são comprovados pelo mediador ou pela entidade gestora do sistema público de mediação, consoante se trate de mediação privada ou pública.

Por último, impõe-se uma referência à duração da suspensão dos prazos que é coincidente com o tempo de realização do procedimento de mediação. Ora, a duração máxima do procedimento está estabelecida apenas para a mediação contemporânea do processo judicial e é de 3 meses- art. 273.º n.º2 que deve ser lido em conjunto com o art. 272.º<sup>122</sup>, na mediação pré-judicial o prazo é determinado pelas partes e pelo mediador no protocolo de mediação- art. 16.º n.º3 e art. 21.º n.º2.

Não se fixando um prazo o uso da mediação podia ser visto como uma maneira artificiosa de atrasar o recurso à via judicial mas, o controlo do mediador a par da fixação prévia do prazo no protocolo parecem ser suficientes para o impedir. De todo o modo o nosso legislador achou por bem frisar a necessidade de este procedimento “*ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível*”- art.21.º n.º1.

<sup>121</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão *ob. cit.* p.3 e 4, pág. 92 e 93.

<sup>122</sup> Dulce Lopes e Afonso Patrão, *ob. cit.* pág. 142.

Uma particularidade expressa da actual lei é a oportunidade de em simultâneo ocorrer a suspensão do procedimento de mediação e dos prazos de caducidade e prescrição, desde que isso ocorra em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, avançando como exemplo a experimentação de acordos provisórios.

c. Nos ordenamentos jurídicos grego e espanhol as respectivas normas de transposição da directiva também, procuraram salvaguardar que as partes não ficam impedidas de aceder à via judicial por se haverem vencido os prazos de prescrição e caducidade para o exercício dos seus direitos enquanto decorria o procedimento de mediação. Dessa forma, prescreveram, respectivamente, sistemas de interrupção e suspensão dos ditos prazos. Esta diferença entre a interrupção que ocorre à luz da normativa grega e a suspensão que se dá nos termos da lei espanhola e mesmo portuguesa não tem implicações no propósito da Directiva.<sup>123</sup>

O início da suspensão nos termos da lei espanhola ocorre com a solicitação da mediação pelas partes numa instituição de mediação. Prolonga-se até ao fim do procedimento de mediação (com acordo ou sem ele) sendo que dele é lavrada acta- art. 4.º e 22.º da Lei 5/2012 de 6 de julho.

Em ambos casos não há a registar diferenças muito significativas face ao que por nós foi consagrado.

---

<sup>123</sup> Acompanhamos o art. 11 da Lei 3898/2010, lei Grega da Mediação e art. 4.º da Lei 5/2012 de 6 de Julho- lei espanhola. Seguimos igualmente as considerações que a respeito de uma e de outra lei foram feitas por Maria Orfeu, licenciada em direito e estudante na área da mediação na Universidad Carlos III de Madrid , em *La mediación ena suntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentário a la Ley 3898/2010*, publicação de Março de 2011, disponível em [www.riedpa.com](http://www.riedpa.com).

## **CAPÍTULO IV**

### **PONTO DE CHEGADA: A CRÍTICA AOS ASPECTOS CHAVE DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA**

Tudo o que deixamos escrito até aqui conduziu-nos à formulação de opiniões críticas sobre aqueles que julgamos serem os aspectos essenciais da transposição porque, eram também aqueles a que a directiva deu maior destaque.

Na transposição o legislador português, de forma semelhante à dos outros ordenamentos, optou por estender as normativas sobre a mediação a todos os litígios realizados no território nacional independentemente de serem ou não transfronteiriços.

Esta opção tem de ser vista com agrado porquanto, cumpre inteiramente o objectivo da directiva aliás como vimos era intenção da Comissão que se contemplassem todos os litígios não tendo sido possível realizar esse intento ao nível comunitário foi sem dúvida de grande valor que os Estados-membros o prosseguissem, conseguindo-se uma harmonização legal benéfica para todos os que circulam no espaço comunitário. Destarte, não se afiguram razões suficientemente ponderosas para que se sujeitasse a mediação que tem por base os litígios transfronteiriços a normas diferentes daquelas que se devam aplicar à mediação interna.

Nos aspectos que mereceram da nossa parte um tratamento mais cauteloso foi possível ver bastantes diferenças da nossa lei em relação aos critérios da directiva. Por certo, dentro da margem de liberdade que se confere aos Estados- membros, são eles que escolhem os meios e a forma como pretendem dar cumprimento aos objectivos da directiva, muitas opções têm contornos mais amplos e mais restritos do que os fixados por aqueles instrumentos de direito da União. Mas, as soluções pensadas e aplicadas sempre podem ser criticadas positiva ou negativamente é essa a pretensão que subjaz ao nosso trabalho.

Assim, quando olhamos para o princípio da confidencialidade que caracteriza o procedimento de mediação realizado entre nós damo-nos conta de que é bem mais restrito do que a previsão da directiva, quer no que toca ao que abrange, a quem abrange



e às excepções que admite. De facto, no que toca às excepções que pode envolver a nossa previsão foi mais limitativa até do que o foram outros Estados-membros e é aqui que se podem levantar mais dúvidas sobre a opção do nosso legislador.

A confidencialidade da mediação tal como era concebida pelo legislador comunitário estava ao serviço das partes e elas podiam moldar os seus termos com grande liberdade, nada as impedia de por acordo afastarem essa capa protectora. Entre nós a confidencialidade não é supletiva resulta de uma imposição legal que não pode ser afastada por acordo.

Pois bem, com a garantia de confidencialidade pretende-se envolver o processo de mediação de um secretismo necessário para que as partes possam falar abertamente, confiando que as informações prestadas não serão reveladas num, eventual processo judicial ou arbitral posterior. Afigura-se, por essa via, como um meio determinante na articulação que se faz entre a mediação e o processo civil.

Mas, a confidencialidade serve também outro intento, o de permitir ao mediador trabalhar de maneira mais independente, certo de que não tem de testemunhar e prestar informações sobre o processo em que interveio.

Ora, cada uma destas finalidades está inteiramente satisfeita quando como no caso português se opta por conceber a confidencialidade como uma imposição legal que dificilmente se pode afastar.

A dúvida que inevitavelmente anda associada à nossa transposição é no entanto, outra, ao não se permitir às partes que por acordo possam afastar aquele princípio não se limita a sua disponibilidade sobre o processo de mediação?

De facto, podemos ser tentados a olhar para a mediação como um procedimento voluntário entregue às partes e nessa medida estas devem poder moldá-lo nos termos que tiverem por mais convenientes. Por outro lado, poderá também indagar-se sobre uma possível limitação do direito de defesa que lhes assiste.

Quanto aos moldes do primeiro problema deve dizer-se que tal como está configurado na nossa lei o princípio da voluntariedade não se acha contrafeito pela

previsão da confidencialidade que entre nós vigora porquanto, nenhuma das suas dimensões é verdadeiramente afectada.

No que toca ao segundo problema somos do entendimento que uma previsão mais restritiva em nada menospreza o direito de defesa das partes pois, se não tivessem optado por esta via não lhes era possível conhecer certas informações. O intuito da mediação não pode ser a obtenção de meios de prova para usar num processo judicial ou arbitral posterior ou corríamos o risco de favorecer as partes que agissem de má-fé.

Por tudo isto não vemos como possa a nossa opção de transposição inviabilizar o objectivo da directiva, acreditamos até que ele é melhor conseguido em termos mais restritivos.

Um outro aspecto que entre nós tem um tratamento consideravelmente diferente das linhas traçadas pela directiva foi a homologação dos acordos de mediação.

Neste ponto concreto fomos bastante mais além do que era fixado pela directiva, dir-se-á mesmo que fomos mais permissivos no sentido que lhe atribuímos.

Com efeito, entre nós consagrou-se um princípio da executoriedade dos acordos de mediação que dispensa por regra, a necessidade da sua homologação. Agindo deste modo, estão inteiramente satisfeitos os propósitos de articulação da mediação e do processo judicial, de protecção das partes contra o incumprimento do acordo por alguma delas e o não menos importante propósito de facilitar a circulação dos ditos acordos no espaço comunitário.

Esta solução é perfeitamente concordante com o espírito seguido pelo legislador português que, no anterior CPC, reconhecia a qualidade de título executivo aos documentos particulares. Não vemos por isso, razões que possam apontar para qualquer imprudência neste agir legislativo.

Uma última ponderação que devemos fazer reporta-se às normas sobre a suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade que, seguem o intento de salvaguarda do direito de acesso à via judicial em especial para os casos em que não foi possível obter um consenso por mediação.

A actual previsão normativa da matéria em questão é mais alargada que a anterior pois, tal como vimos envolve também a mediação privada facto que, se mostra em conformidade com a pretensão da directiva e que cremos, ser a opção mais acertada para igualar a mediação privada à realizada nos sistemas públicos de mediação.

Outro dos aspectos que merece o nosso aplauso é o realce em que o nosso legislador dá à necessidade de o procedimento ser o mais célere possível (cfr. art.21.º n.º1), como que a lembrar às partes e ao mediador que este método não é pode ser visto como um expediente dilatatório. De resto, não há registar grandes diferenças em relação à forma como outros ordenamentos fizeram a sua transposição neste particular aspecto.

Cremos que a nossa lei se focou nos objectivos da directiva e, é à luz da lei actual, sistematicamente mais coerente do que a anterior, concordante com a pretensão de harmonização legal que assiste às directivas. Por outro lado, os cidadãos podem sem grandes dificuldades aceder a este meio para solucionar os seus conflitos.

Por estas razões é do nosso entender que andou bem o legislador português nestes concretos aspectos e de certa maneira na concepção legal da mediação em geral, transpondo devidamente a directiva e cumprindo o seu dever enquanto Estado-membro.

## **CONCLUSÃO**

O mundo em que vivemos é cada vez mais um espaço de interação entre as pessoas, e como é próprio da natureza humana nem sempre a convivência será pacífica. Os conflitos que vão emergindo estão muito para além das fronteiras de um país, tocam vários estados e envolvem pessoas de diferentes nacionalidades.

Conscientes desta realidade as instituições da União sempre procuraram garantir que os cidadãos têm ao seu dispor várias vias de solução de conflitos e que, essas vias estão regulamentadas por um quadro legal harmonioso.

Seguindo esse intento o legislador comunitário resolveu criar a Directiva 2008/52/CE relativa a certos aspectos da mediação civil e comercial que instou os Estados-membros a fixarem legislação sobre a mediação cujo objecto fossem litígios transfronteiriços. Acontece que, muitos deles optaram por ir mais além do que era fixado por aquele instrumento normativo e dispuseram legalmente também, sobre a mediação que abrange litígios internos.

Entre nós a transposição da directiva foi feita de maneira conforme com os objectivos por ela estabelecidos mas, dentro da margem de liberdade que é conferida aos Estados daí que, algumas das nossas opções tenham revelado um cunho próprio mais consonante com a realidade portuguesa.

Desde a transposição da directiva até à actualidade o nosso ordenamento jurídico passou por uma série de transformações que, inevitavelmente condicionaram as disposições respeitantes à mediação tendo-se inclusive, revogado as normas de transposição da directiva e fixado uma regulamentação, em nosso entender, muito mais coerente com o propósito de promoção da mediação, respeitando-se os objectivos fixados pela directiva e dando ensejo para que os cidadãos possam sentir-se confortáveis com o recurso a esta via extrajudicial de solução de conflitos.

A história desta concreta Directiva, o seu processo de elaboração, o seu conteúdo e finalmente, a sua transposição pelos Estados-membros permitiram-nos conhecer muito melhor esta fonte de direito da União o que é para nós um factor de satisfação pessoal.

## BIBLIOGRAFIA

- Arnaut, António, *Iniciação à Advocacia*, 11ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Bores, Alfonso Ybarra- *Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español*, trabalho realizado no âmbito do Projecto de I+D “ *La europeización del Derecho de familia*” (DER2008-05299/JURI), p. 7 e 8, disponível na internet via <http://www.reei.org/index.php/revista/num23/articulos/mediacion-familiar-internacional-directiva-sobre-ciertos-aspectos-mediacion-asuntos-civiles-mercantiles-su-incorporacion-al-derecho-espanol>, último acesso em 02 de Março de 2014.
- Cebola, Cátia Marques, “ A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, nº1 a 4º, 2010, pp.441-459.
- Cruz, Rossana Martingo “*A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal*”, Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº9 Julho/Dezembro 2013, publicação semestral, ISSN 1647-6336, disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/> (último acesso 02/02/2014).
- Cruz Vilaça, J.L., “A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 30, 2001, págs. 3 a19.
- Dulce Lopes e Afonso Patrão, *Lei da Mediação- Comentada*, Almedina, 2014, ISBN 978-972-40-5442-1.
- García Villaluenga, L., Vázquez de Castro, E. (2013). “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”. *Política y Sociedad*, Vol. 50 núm.1: págs.71-98, ISSN: 1130-8001, disponível em [http:// dx.doi.org/10.5209/rev\\_POSO.2013.v50.n1.39344](http://dx.doi.org/10.5209/rev_POSO.2013.v50.n1.39344)
- Gorjão- Henriques Miguel, *Direito Comunitário*, 4º ed., Edições Almedina SA, ----, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 6º ed., Edições Almedina, SA, 2010, ISBN 978-972-40-4386-9.
- Gouveia, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2º ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- Leite, Isabel Castro “*Construção europeia: um processo supranacional ou intergovernamental?*”, Comunicação apresentada no IV Congresso da Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa, 7 de Março de 2008, disponível em

<http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/1337/1/Constru%C3%A7%C3%A3o%20europeia-um%20processo%20supranacional%20ou%20intergovernamental.pdf>, acedido pela última vez em 4 de Janeiro de 2014.

Marques, João Paulo Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Monzonís, Carmen Azcárraga, in “Impulso De La Mediación En Europa Y España Y Ejecución De Acuerdos De Mediación En La Unión Europea Como Documentos Públicos Con Fuerza Ejecutiva”- *Artículo realizado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER2010-17126, “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia española del Siglo XXI” (Investigadora principal: Dra. Silvia Barona Vilar) y del Proyecto de investigación precompetitivo UV-INV-PRECOMP12-80580 “Los retos de la mediación en el s.XXI: una propuesta de futuro” (Investigadora principal: Dra. Raquel Guillén Catlán)*, disponível em <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4370591.pdf%E2%80%8E> (último acesso 06/02/2014).

Morales, Emiliano Carretero, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Ano 2011, nº1, (disponível em <http://riedpa.com/Default.aspx?EdicionID=22>, último acesso em 01/12/2013).

Neto, Abílio, *Código do processo civil anotado*, 23.º Edição, Edições Almedina SA, Setembro 2011.

Orfeu, Maria, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentário a la Ley 3898/2010*, publicação de Março de 2011, disponível em [www.riedpa.com](http://www.riedpa.com).

Sousa, José Vasconcelos, *Mediação- O que é?*, Quimera, Editores, Lisboa, 2002.

Silva, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça-os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Quintas, Paula, *Da Problemática do Efeito Directo nas Directivas Comunitárias*, Dixit, 2000, ISBN: 972-98596-0-4.

Vargas, Lúcia Dias, *Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça*, Almedina, Coimbra, 2006.

Vicente, Dário Moura, “A Directiva sobre Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II, 2009, edições Almedina SA., págs.124 a 147.

Xavier, Rita Lobo, *Mediação Familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias/ org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, *Studia Iuridica*, 101 Ad honorem-5, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

### **Jurisprudência**

Acórdão Eurocontrol- Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1976, proc. 29/76, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0029:PT:PDF> ;

Acórdão de 15 de Maio de 1986, Processo 222/84, Johnston, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0222:PT:PDF>

Acórdão Gemeente Steenbergen- de 14 de Novembro de 2002, proc. C-271/00 disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0271:PT:PDF>